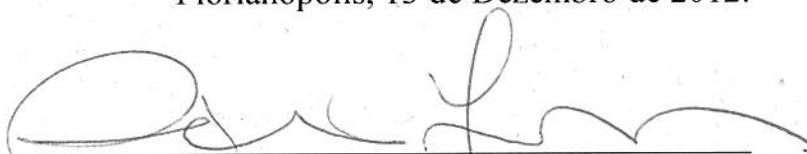


UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

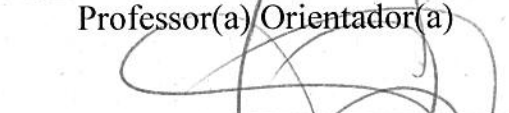
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**O controle de constitucionalidade por conduta omissiva: as omissões inconstitucionais de índole legislativa e administrativa**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Marco Antônio Vargas Sandi**, defendida em **13/12/2012** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 ( DEZ ), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

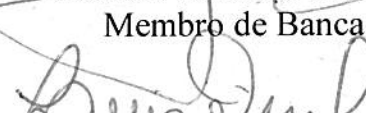
Florianópolis, 13 de Dezembro de 2012.



**Reinaldo Pereira e Silva**  
Professor(a) Orientador(a)



**Samuel da Silva Mattos**  
Membro de Banca



**Luiza Zuanazzi França**  
Membro de Banca

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR CONDUTA OMISSIVA: AS  
OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS DE ÍNDOLE ADMINISTRATIVA E  
LEGISLATIVA**

**MARCO ANTÔNIO VARGAS SANDI**

**FLORIANÓPOLIS**  
**2012**

**MARCO ANTÔNIO VARGAS SANDI**

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR CONDUTA OMISSIVA: AS  
OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS DE ÍNDOLE ADMINISTRATIVA E  
LEGISLATIVA**

Monografia submetida à banca examinadora da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Reinaldo Pereira e Silva.

**FLORIANÓPOLIS**

**2012**

## RESUMO

*Neste trabalho far-se-á um estudo da teoria constitucional, da processualística constitucional aplicada no nosso País, da doutrina e da jurisprudência pátrias e estrangeiras, aplicando-se o método dedutivo de pesquisa, com o intuito de localizar as classificações mais adequadas à Constituição brasileira, bem como, em maior grau, estudar de modo mais próximo os institutos por ela conferidos no que tange ao controle de constitucionalidade por conduta omissiva. Para isso serão ilustradas algumas ações constitucionais, nas suas porções relacionadas ao tema, e será feito um exame mais detido das omissões relevantes do Poder Público, entendendo-se por estas quando se configurar a inércia do Estado enquanto legislador ou nas funções relacionadas à Administração Pública. Após a caracterização da Constituição brasileira na modalidade programático-dirigente, verifica-se a existência no texto magno de imposições constitucionais endereçadas ao legislador e ao administrador, ordem passíveis de relativizar tanto a liberdade de conformação daquele primeiro quanto a discricionariedade administrativa do segundo. Neste cenário de Constituição protagonista no que tange às finalidades do Estado, evidencia-se a necessidade de aclaramento dos instrumentos por ela criados para concretizar o disposto em seu texto. Com base nesses moldes, o presente trabalho se atém aos desdobramentos da previsão constitucional prescrita no parágrafo 2º do artigo 103 da Constituição, que regula a possibilidade de ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade por conduta omissiva. Estas omissões podem ocorrer quando houver inércia considerada relevante e impeditiva à fruição, pelo cidadão, dos direitos constitucionalmente plasmados. As omissões podem se configurar tanto pelo Poder Público nas atribuições da Administração Pública quanto pelo Poder Legislativo na inércia reiterada e relevante de suas funções precípua de confecção legislativa, bem como pelo Poder Executivo quando a ele for concedida reserva para proposição de lei, ou mesmo nas atribuições de administrador público. Ainda será debatido o campo de atuação do mandado de injunção, remédio constitucional ajuizado concretamente em face de inexistência de disposição legal regulatória de determinada situação.*

**Palavras-chave:** *Constituição programática; imposição constitucional; concretização da Constituição; controle de constitucionalidade; controle de constitucionalidade no Brasil; fiscalização constitucional das omissões relevantes; mandado de injunção; ação direta de inconstitucionalidade por conduta omissiva; omissões legislativas; omissões administrativas.*

A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. Min. Celso de Mello.

## **AGRADECIMENTOS**

A minha mãe, pela sabedoria materna essencial e pelo apoio nos momentos cruciais.

Ao meu pai, pelo norte que representa.

Ao meu orientador neste trabalho, por sua inegável prontidão e boa vontade, além das aulas de Direito Constitucional ministradas durante as reuniões.

À Luísa, pelo sincero e recíproco afeto, pela presença contínua, auxílio e paciência dispensados durante esta laboriosa tarefa.

A todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para o resultado deste trabalho.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>8</b>
<b>2 O ESTADO PRESTADOR DOS DIREITOS CONSTITUCIONALMENTE PLASMADOS.....</b>	<b>10</b>
2.1 ALGUMAS TEORIAS DA CONSTITUIÇÃO.....	12
2.2 A CONSTITUIÇÃO NORTE-AMERICANA, A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E O DIRIGISMO CONSTITUCIONAL.....	14
2.3 AS IMPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS.....	18
<b>2.3.1 A Força Normativa das Imposições Constitucionais.....</b>	<b>19</b>
<b>2.3.2 A Teoria da Reserva do Possível.....</b>	<b>22</b>
2.4 A IDEIA DE VINCULAÇÃO JURÍDICA DO LEGISLADOR ÀS NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	25
2.5 A CONCRETIZAÇÃO DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS DIRIGENTES.....	30
<b>2.5.1 O Direito Dúctil de Gustavo Zagrebelsky.....</b>	<b>33</b>
<b>3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR CONDUTA OMISSIVA.....</b>	<b>36</b>
3.1 A TEORIA DA INCONSTITUCIONALIDADE.....	36
3.2 INCONSTITUCIONALIDADE POR AÇÃO E INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO.....	38
3.3 OS SISTEMAS DE FISCALIZAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS.....	39
<b>3.3.1 O sistema político de fiscalização.....</b>	<b>40</b>
<b>3.3.2 O controle de constitucionalidade americano – jurisdicional.....</b>	<b>41</b>
<b>3.3.3 O sistema de fiscalização austríaco – misto.....</b>	<b>42</b>
3.4 O SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	44
<b>3.4.1 Histórico do Controle de Constitucionalidade no Brasil Previamente à Constituição de 1988.....</b>	<b>44</b>
<b>3.4.2 O Controle de Constitucionalidade na “Constituição Cidadã” – 1988.....</b>	<b>47</b>
3.5 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR CONDUTA OMISSIVA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	50
<b>3.5.1 O Mandado de Injunção.....</b>	<b>54</b>

3.5.1.1 A reviravolta na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	55
<b>3.5.2 A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.....</b>	<b>59</b>
3.5.2.1 Considerações iniciais sobre o objeto da ação direta de inconstitucionalidade por conduta omissiva.....	61
<b>4 AS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS.....</b>	<b>67</b>
4.1 AS OMISSÕES LEGISLATIVAS.....	67
4.1.1 A omissão legislativa “reflexa” na ação direta de inconstitucionalidade 4.270/SC.....	72
4.1.2 Omissão absoluta e omissão parcial.....	78
4.2 AS OMISSÕES ADMINISTRATIVAS.....	81
4.2.1 Natureza.....	82
4.2.2 Jurisprudência.....	86
4.2.3 Discricionariedade Administrativa e Omissão Administrativa.....	89
4.3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	91
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>95</b>



## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca realizar um estudo acerca das omissões estatais relevantes, ditas inconstitucionais. Primeiramente, é necessário afirmar que as omissões inconstitucionais distinguem-se de quaisquer atos inertes dos Poderes do Estado, pois para sua configuração é necessário o desrespeito – mesmo que indireto – ao texto constitucional. Os descumprimentos por conduta omissiva incapazes de ferir a Constituição não são objeto deste trabalho, já que não podem ser considerados inconstitucionais – mesmo que não se refute a apreciação no campo da legalidade.

Com o intuito de localizar o problema de uma forma satisfatória, será feito, no primeiro capítulo, um estudo de teoria constitucional, com marco teórico precípua na obra “Constituição dirigente e vinculação do legislador”, de autoria do constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho. A partir daí, explanar-se-á os conceitos de constituição programática e dirigente, com vistas a situar a natureza da Constituição Federal de 1988, além de se elucidar institutos como o da imposição constitucional, vinculação do legislador à ordem constitucional e concretização das normas da Constituição.

O segundo capítulo trará à baila a sempre complexa matéria do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. Elencar-se-ão sistemas célebres de fiscalização constitucional, para depois se deter ao modelo brasileiro de controle de constitucionalidade. Após, dar-se-á ênfase ao estudo das ações constitucionais relacionadas ao controle de constitucionalidade por conduta omissiva – leia-se: o mandado de injunção e, principalmente, a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), quando restrita às inconstitucionalidades ocasionadas pelo *non facere* do Estado.

Responsável será o terceiro capítulo por alcançar o ponto nevrálgico de debate: a possibilidade de se obstaculizar a fruição de direitos prescritos na Constituição por motivo de inércia estatal. Assim, será analisada a natureza das omissões inconstitucionais, tanto de índole legislativa quanto administrativa, como previsto no parágrafo 2º do artigo 103 da Constituição Federal. Dar-se-á certa ênfase a ainda não tão reconhecida modalidade de omissão inconstitucional de natureza não normativa, concebida pela não realização – pelo Poder público enquanto administrador – das medidas concretas necessárias para tornar efetiva a norma constitucional. Por fim, far-se-á uma exposição a respeito da discricionariedade administrativa *versus* imposição

constitucional para agir, e serão tecidos alguns comentários, no que for pertinente ao tema, acerca do controle jurisdicional de políticas públicas.

Em relação às referências bibliográficas, torna-se necessário afirmar que serão observadas as últimas determinações da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) com atenção ao fato de que, na NBR nº 10520:2002, o modelo de citação autor data e numérico serão excepcionadas da estrita regra da ABNT. Isso porque serão utilizadas as referências bibliográficas em nota de rodapé (numérico), mesclando-se com notas explicativas em rodapé (instrumento permitido somente quando empregada a modalidade de citação autor-data).

O objetivo deste método é o de proporcionar uma breve indicação referencial em nota de rodapé, somada ao fato da limpeza textual, sem abdicar de contextualizações – quando importantes – e comentários que não integram o corpo da argumentação do texto.

## 2 O ESTADO PRESTADOR DOS DIREITOS CONSTITUCIONALMENTE PLASMADOS

Um eufórico clima revolucionário após longo e amargo período proclamado de “Estado Novo” foi o cenário da promulgação de uma Carta Constitucional com anseios socialistas e nítidos contornos programático-dirigistas. Enganou-se, pois, quem se deixou levar pela expressão “Estado Novo” e localizou o cenário supramencionado em terras tupiniquins, no regime autoritário centralizador de Getúlio Dornelles de Vargas, findado em 1945. Apesar de caber à Constituição Brasileira de 1934 – outorgada de forma indireta por Getúlio – o pioneirismo na construção de uma Constituição com tradição programático-dirigistas, a Constituição Brasileira de 1946, de fato, quebrou o paradigma das constituições anteriores. Assim o fez ao restabelecer os direitos individuais, direito de greve e extinguir a censura – além de, na seara do Direito, ter reposicionado o Supremo Tribunal Federal como guardião último da supremacia constitucional, conforme a Constituição de 1891, a primeira republicana, fizera<sup>1</sup>.

Entretanto, o clima eufórico do parágrafo acima identificou a Revolução dos Cravos, ocorrida em Portugal em 1974, depois de mais de quatro décadas de ditadura salazarista. A ressaca da ditadura forneceu razões para a confecção de uma Constituição com grande carga socialista (mais no sentido de “social” do que pelo seu significado político), recursos programáticos e composta por imposições aos legisladores. A obra do doutrinador português Prof. Dr. José Joaquim Gomes Canotilho – *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador* – foi arquitetada sobre estes pilares, pois, nas palavras do autor, “tínhamos uma Constituição que incorporava grandes conquistas e valores profundamente democráticos e se tinha que elaborar um discurso capaz de conferir-lhe força normativa, a força normativa própria do direito<sup>2</sup>”.

A obra em tela buscava fundamentar a normatividade e vinculação das normas programáticas daquela Constituição, valendo-se de instrumentos teóricos e dogmáticos para o adequado cumprimento e concretização do texto disposto. Em outras palavras, a análise do Professor tinha o condão de tornar inquestionável a aplicabilidade de normas diretivas de

---

<sup>1</sup> *Estado Novo no Brasil*. In Infopédia [Em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2012. [Consult. 2012-09-10]. Disponível na www: <URL: [http://www.infopedia.pt/\\$estado-novo-no-brasil](http://www.infopedia.pt/$estado-novo-no-brasil)>.

<sup>2</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **El Derecho Constitucional como um compromisso permanentemente renovado** (entrevista a Eloy Garcia) in *Anuário de Derecho Constitucional y Parlamentario*, (1998), p. 33 *apud* COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Canotilho e a Constituição dirigente*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 5.

programas, tarefas e prioridades a serem cumpridas pelo Legislador e pelo Estado em geral, questão considerada um marco para o estudo do Direito Constitucional.

Neste contexto, necessário comentar as menções posteriores do próprio Canotilho, no prefácio da segunda edição da obra em discussão<sup>3</sup>, que poderiam ser interpretadas no sentido de ter a Constituição dirigente, proposta por ele mesmo, morrido. O Professor, no artigo “*Rever ou Romper com a Constituição Dirigente*”<sup>4</sup>, evidenciou um pessimismo em relação ao constitucionalismo moderno, sem afastar a necessidade, entretanto, da existência de um conteúdo material mínimo e vinculante ao legislador.

O ponto fundamental em se alegar uma “morte” da Constituição dirigente consiste na percepção do contexto histórico em que Canotilho apontou as suas considerações a respeito do tema, diante de um texto original da Constituição portuguesa de 1976, que sofreu mudanças substanciais após a sua promulgação. Visualiza-se, pois, ter o Professor proposto uma revisão da teoria após considerar a mudança do panorama de Portugal ao firmar o Tratado de Adesão à Comunidade Europeia, em junho de 1985, com inclusão do país na União Europeia de Nações a partir de 1º de Janeiro de 1986.

Incontrovertida é a morte do dirigismo constitucional nos moldes propostos por Canotilho no que tange ao texto original da Constituição portuguesa vigente, fator que não impede, de forma alguma, a sua larga aplicação com base em outros textos constitucionais, entre estes a “Constituição Cidadã” brasileira, de 1988, possuidora de um caráter nitidamente dirigente, no sentido de ser um estatuto definidor de fins e tarefas, e não somente mero organizador de competências.

Ademais, o autor afirmou não se adaptarem certas categorias revisionais da sua teoria a países democráticos com problemas sociais relevantes, necessitados de uma estrutura social como a Constituição Dirigente para a sedimentação material do Estado Democrático de Direito, exatamente como o caso do nosso País.

Considerado isto, passa-se à análise de algumas teorias da Constituição, de um breve estudo da Constituição americana e da simetria entre a Constituição Federal de 1988 e a Constituição dirigente, nos termos propostos por Canotilho.

---

<sup>3</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador** - contribuindo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra editora, limitada. reimpressão, 1994.

<sup>4</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Rever ou Romper com a Constituição Dirigente?** Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, *Revista dos Tribunais*, a 4, n. 15, abril-junho de 1996, p. 14.

## 2.1 ALGUMAS TEORIAS DA CONSTITUIÇÃO

Sem pretender uma investigação exaustiva sobre as teorias da Constituição, comentar-se-á sobre estruturas clássicas e notadamente teóricas de Constituição, para, então, posteriormente, apreciar a estrutura organizatória de textos reais, como a Constituição norte-americana e a brasileira, e traçar paralelos e distinções daquelas primeiras com a Constituição do nosso País.

Na definição de Ernst Forsthoff, a constituição deveria contentar-se em garantir o *status quo* econômico-social, numa clara teoria de constituição em busca de um Estado de Direito formal, construído com plenas capacidades de criar e manter um sistema de artifícios técnico-jurídicos com vistas à garantia da liberdade legal, alcançada através da neutralidade da lei fundamental. Esta suposta neutralidade, porém, não garantia uma sociedade igualitária e democrática, mas tão somente asseguraria a liberdade e propriedade como fundamentos de determinada “Ordem Social Burguesa”<sup>5</sup>.

Na teoria proposta pelo constitucionalista alemão Peter Häberle, a Constituição seria mais que uma ordem jurídica reduzida às características do *staats-verfassung* (instrumento meramente estatal), pois “a unidade da Constituição surgiria da conjugação do processo e das funções de diferentes intérpretes”<sup>6</sup>, porém com a subsistência da responsabilidade da jurisdição constitucional, a quem caberia a “última palavra sob a interpretação”<sup>7</sup>.

Ademais, Häberle menciona a “abertura”, “publicidade” e “pluralidade” no processo de interpretação constitucional: a verdadeira constituição sempre é um resultado (temporário) de um processo de interpretação. Nas palavras de Canotilho, sobre a teoria de P. Häberle:

A situação da lei constitucional nas "alturas do tempo", a sua condicionalidade histórica, a sua imbricação com a evolução histórica real, justificarão, desde logo, que uma constituição não possa conceber-se como "acto pontual" voluntarístico do poder constituinte. Longe de ser um simples "estampido" ou "detonação" originária que começa na "hora zero" (*In der Stund Null*), a constituição escrita é, como "ordem-quadro da república", uma lei necessária mas "fragmentária", "indeterminada" e "carecida de interpretação".<sup>8</sup>

Na esteira de Häberle, Konrad Hesse apresenta um modelo de Constituição não restrito

---

<sup>5</sup> FORSTHOFF, Ernst, **Problemas Constitucionales del Estado Social** in ABENDROTH, Wolfgang, FORSTHOFF, Ernst & DOEHRING, Karl, *El Estado Social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 45.

<sup>6</sup> HÄBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes constitucionais**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. pp 32-33

<sup>7</sup> HÄBERLE, Peter. *Ibidem*. p. 14.

<sup>8</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador** - contribuindo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra editora, limitada. reimpressão, 1994, p. 90-100.

à ordem da vida estadual, extensível a domínios não estaduais. A proposta deixa espaço para decisões que merecem confrontação política, sendo a Constituição hessiana, segundo Canotilho, “uma ordem consciente aberta ao mesmo tempo que fixa vinculativamente o que não deve permanecer aberto”<sup>9</sup>.

O jurista brasileiro Paulo Bonavides<sup>10</sup> explica ter ganhado contorno no século 20, principalmente após a Segunda Grande Guerra Mundial, um constitucionalismo de Estado Social, com influências nítidas de inspirações socialistas e socializantes. Este movimento conduz à teoria material da Constituição, presente inclusive nas reflexões de constitucionalistas americanos, alemães, suíços e austríacos.

A teoria material da Constituição – ou Constituição em sentido substancial – é identificada quando o critério definidor se atém ao conteúdo das normas em análise, no sentido de terem as normas função de limitar a ação dos órgãos estatais, “em benefício da preservação da esfera de autodeterminação dos indivíduos e grupos que se encontram sob a regência desse Estatuto Político<sup>11</sup>”, segundo Paulo Gustavo Gonet Branco. Uma vez superada a necessidade de a Constituição fixar seus esforços primordiais na tentativa de conter o poder “soberano” e de edificar a teia normativa básica da nação, cabe ao Estado Moderno, por meio da interpretação da Constituição, novos e tormentosos desafios, em um papel de definição social e de busca da convivência digna e livre de todas as pessoas.

O constitucionalista alemão Konrad Hesse compartilha do mesmo entendimento de teoria material da Constituição, ao asseverar que:

[...] também são ordenados na Constituição os fundamentos de esferas vitais que nada têm a ver, de forma direta, com a formação da unidade política e ação estatal [...] Em tudo isso, a Constituição é o plano estrutural básico, orientado por determinados princípios que dão sentido à forma jurídica de uma comunidade<sup>12</sup>.

Cabe à Constituição do Estado Moderno, destarte, estabelecer “os princípios fundamentais do ordenamento jurídico, e não só da vida estatal em sentido estrito. [...] Ordena todas as tarefas e as esferas de vida essenciais à convivência<sup>13</sup>”.

---

<sup>9</sup> Idem. Ibidem, p. 116.

<sup>10</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 101.

<sup>11</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 61.

<sup>12</sup> HESSE, Konrad, **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Tradução de Carlos dos Santos Almeida ET al. São Paulo: Saraiva, 2009.p. 8.

<sup>13</sup> Idem, Ibidem, p. 8.

José Joaquim Gomes Canotilho defende uma teoria da Constituição como regulamentação jurídica mais importante da ordem social e estadual, ao certificar que "Os fins do Estado – políticos, econômicos, sociais e culturais – são aqui expressamente fixados, ao lado dos princípios organizatórios e das normas sobre os direitos e deveres do cidadão<sup>14</sup>".

## 2.2 A CONSTITUIÇÃO NORTE-AMERICANA, A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E O DIRIGISMO CONSTITUCIONAL

Da esfera teórica para o caso concreto, a Constituição dos Estados Unidos da América é reconhecida pelo seu povo como documento máximo da ordem jurídica, ostentando força normativa e vinculante desde o final do século XVIII – foi promulgada em 17 de setembro de 1787.

Traduzia-se num anseio dos colonos norte-americanos criar uma Constituição soberana capaz de brejar um agir desmotivado dos Poderes Legislativo e Executivo, receio fundamentado pelo período de domínio do império britânico e pelas diversas medidas abusivas tomadas pelo parlamento inglês na relação com a sua maior colônia da América<sup>15</sup>.

Outrossim, a percepção de que os dois poderes fundamentais do Estado eram provenientes do voto popular, legitimada por uma força majoritária, motivou o fortalecimento de uma Constituição que protegesse também as minorias, possivelmente não tão representadas por uma estrutura legitimadora apenas da generalidade. Em síntese, foi objetivado consolidar a Lei Maior com certa superioridade formal a fim de traçar limites aos poderes constituídos.

Justamente esta busca pela limitação dos poderes Executivo e Legislativo, somada à “concepção da Constituição como norma jurídica suprema criou as condições necessárias para que se admitisse aos juízes a função de controlar a legitimidade constitucional das leis<sup>16</sup>”, tornando-se o controle jurisdicional de constitucionalidade o meio adequado para autenticar a supremacia da Constituição.

Paulo Bonavides, para quem a Constituição americana é “muito mais rica, extensa e fecunda que a Constituição formal, inconcebível e ininteligível sem aquela, a que serve de moldura

---

<sup>14</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Ibidem, p. 125.

<sup>15</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Ibidem, p. 54. Sobre o assunto, pesquisar sobre os “atos intoleráveis”, sobre a “festa do chá de Boston” e sobre a “Companhia Britânica das índias orientais”.

<sup>16</sup> Idem, Ibidem, p.55.

ou quadro<sup>17</sup>”, afirma:

“A linguagem normativa sóbria e concisa daquele texto-quadro teve no decurso de quase dois séculos uma impressionante capacidade adaptativa. Permaneceu a Constituição escrita ou formal invariavelmente a mesma, salvo os acréscimos das Emendas, que mal excedem a vinte, e no entanto ela jamais faltou, por via da técnica interpretativa, à solução dos grandes problemas constitucionais do país.”<sup>18</sup>

A questão crucial da Constituição americana assenta-se na superioridade do Poder Judiciário sobre os outros poderes, caso seja acionado, à medida que lhe cabe a interpretação final e preponderante do texto constitucional, como também de aplicar a Constituição ao fato concreto. Tal questão tornou-se evidente a partir do célebre julgamento *Marbury v. Madison*, no qual John Marshall, Presidente à época da Suprema Corte, sacramentou, entre outras questões de mérito, a autoridade do Poder Judiciário para identificar que “a lei inconstitucional é inválida e de que cabe ao Judiciário assim declará-la<sup>19</sup>”. Tal concepção é cabal para demonstrar o quão peculiar é a Constituição norte-americana, e explicar por que motivo sobrevive por mais de dois séculos (foi promulgada em 17 de setembro de 1787), sem se visualizar uma diminuição de sua primazia, tampouco falhas notórias de adequação à realidade mutante.

A história constitucional norte-americana é bem sintetizada por Paulo Bonavides:

Os construtores dialéticos da Constituição dos Estados Unidos foram Marshall e depois o seletor elenco de juizes da Suprema Corte (...) que marcaram verdadeiras épocas constitucionais na história daquele país. Formaram no conjunto aquilo que se poderia batizar de escolha da jurisprudência sociológica (...). A história constitucional dos Estados Unidos, conforme tem sido com frequência assinalado, é em sua maior parte a história da Suprema Corte e de seus métodos de exegese da Constituição.<sup>20</sup>

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por sua vez, difere sobremaneira da sintética Constituição norte-americana e seus sete artigos, vinte e sete emendas e duzentos e vinte e cinco anos de vida. A nossa carta é um exemplo perfeito de Constituição analítica, pois se aproveita de um regramento detalhado de determinadas matérias teoricamente não relacionadas, de forma direta, com o bojo constitucional, e segue a tendência contemporânea motivada pela intenção do constituinte originário de conceder maior estabilidade a certas matérias – em substituição à própria estabilidade do texto constitucional como um todo, que requer modificações recorrentes para a manutenção de sua atualidade.

Além disso, uma Constituição com pretensões de especificar as matérias as quais regula

---

<sup>17</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 102.

<sup>18</sup> Idem, *Ibidem*, p.102.

<sup>19</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Ibidem*, p. 58.

<sup>20</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ibidem*, p. 103.



(em contraposição à generalidade típica de uma Constituição sintética, como a estadunidense) e que concede lacunas limitadas de conformação do legislador e do Judiciário avizinha-se à doutrina do Estado social. Lança-se, portanto, a questão: seria a Constituição brasileira uma Constituição do Estado social?

Segundo Paulo Bonavides, a resposta é afirmativa. A Constituição do Estado Liberal tratar-se-ia de uma Lei Magna de garantias contra o governo, ou contra o Estado, e a Constituição do Estado social seria “de valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder<sup>21</sup>”. O autor cita os juristas do *status quo*, de posição nitidamente positivista-legalista, que pregam uma Constituição meramente reguladora e não modificadora da sociedade. Tais juristas, supostamente desvinculados de laços ideológicos, embasaram-se em cenários já ultrapassados, “quando a Constituição era o espaço da harmonia, da rigidez e da imobilidade, ao contrário da lei ordinária, esfera dinâmica da produção jurídica<sup>22</sup>”.

A Constituição dirigente é caracterizada por estabelecer programas, definir fins para o Estado e para a Sociedade; não pode, como afirma Canotilho, restringir-se ao Estado, deve ser a lei fundamental também da sociedade<sup>23</sup>. A concepção de dirigismo constitucional é responsável por reformular a própria finalidade das Constituições, afastando-se da Constituição garantia, mero instrumento do governo definidor de competências e procedimentos, para buscar um protagonismo para buscar as tarefas e os fins do Estado.

Neste sentido, nossa Lei Maior demonstra seus contornos evidentemente dirigentes, aliados à doutrina do Estado Social, no momento em que não apenas positiva a concessão de direitos sociais básicos, mas cria instrumentos para a sua garantia e fruição, por meio de ações como o Mandado de Segurança Coletivo (Lei Federal 12.016/09), o Mandado de Injunção (Constituição Federal, art. 5º, inciso LXXI) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (CF, art. 103, §2º).

A diferença entre as duas cartas constitucionais é flagrante. A Constituição estadunidense afasta-se da adjetivação programático-dirigente por não ditar concretamente, em seus 34 (trinta e quatro) artigos, programas e imposições a serem exatamente obedecidos e acatados pelos Poderes Legislativo e Executivo. Assim o é por se amparar no instituto do *judicial review*,

---

<sup>21</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ibidem*, p. 371.

<sup>22</sup> *Idem*, *Ibidem*, p. 372.

<sup>23</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito Constitucional**, 6ª ed, Coimbra, Livraria Almedina, 1993, pp. 79-82.

caracterizado, sinteticamente, pela possibilidade de o Magistrado interpretar a Constituição para efetivar sua normatividade, além de poder declarar nulo ou inaplicável lei ou ato normativo contrário à Constituição.

Podendo o Poder Judiciário interpretar a realidade à luz da Constituição, dispensa-se, de certo modo, uma constituição analítica e instituidora de programas concretos. A lei maior dos Estados Unidos concede aos Poderes – com ênfase no Poder Judiciário em sede de *judicial review* – certa liberdade para a criação de políticas, desde que “dentro da moldura da Constituição”.

A Constituição brasileira, todavia, possui um detalhamento normativo capaz de prescrever atos e objetivos claros a serem aplicados pelos Poderes<sup>24</sup>, restringindo a possibilidade de interpretação pelos Poderes da Federação.

Inclusive, o papel da jurisdição na Constituição dirigente é o de permanecer inerte, apenas agindo se provocada, ou seja, cabe à parte a iniciativa para perseguir o julga ser de seu direito<sup>25</sup>, como prescreve o art. 2º do Código de Processo Civil, que positiva o princípio do impulso oficial<sup>26</sup>. Canotilho atesta ser a Constituição dirigente, distintamente, contígua ao Poder Legislativo, conforme se depreende:

A Constituição dirigente é sobretudo obra de concretização dos legisladores ativos. A estes pertence definir as bases da Reforma Agrária, criar o Serviço Nacional, defender o ambiente e a qualidade de vida, etc. É visível que não compete aos juízes, em domínios como os anteriores, substituir a política constitucional e os atos de conformação político-legislativa dos titulares legiferantes<sup>27</sup>.

Posto isto, localiza-se a Constituição Federal sob uma feição de social-democracia, rompendo com um Estado de Direito formal para adentrar em um Estado Democrático-Social de Direito, por intermédio do fortalecimento de instituições democráticas e com a previsão de uma quantidade considerável de obrigações ao ente estatal, munidas de mecanismos aptos a conferir a

---

<sup>24</sup> Exemplo de imposição constitucional concreta se encontra no § 1º do art. 134 da Constituição:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV. § 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais

<sup>25</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 75.

<sup>26</sup> Art. 2º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais. In BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm)>. Acesso em: 29 out. 2012.

<sup>27</sup> CANOTILHO, Ibidem, p. 355.

ela exequibilidade, inclusive com a atribuição de direitos subjetivos a algumas destas obrigações. Tais assertivas são mais do que suficientes para denominar a Constituição brasileira de dirigente por excelência.

## 2.3 AS IMPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS

A Constituição programática e dirigente está munida de normas ordenadoras, instrutivas, que traçam diretrizes das tarefas e fins a serem perseguidos e realizados pelo Estado. A normatização supramencionada não apenas cria obrigações ao legislador, mas também aos outros poderes estatais. É importante frisar: as imposições constitucionais não correspondem necessariamente às obrigações legiferantes – que tanto podem ser executadas pelo Poder Legislativo quanto pelo Poder Executivo, na expedição de decretos ou, no caso brasileiro, pela edição de Medidas Provisórias (art. 62 da Constituição Federal).

Ressalta-se, o âmbito de destinatários das imposições constitucionais não compreende tão somente o Poder Legislativo e o Poder Executivo nas atribuições legiferantes destes; é mais amplo. Integram o “momento imperativo” das normas hierarquicamente superiores da Constituição outras ordens distintas das ordens de legislar – que podem se constituir da atuação do Poder Judiciário e da Jurisdição Constitucional como guardião da Constituição ou da atividade do Estado na qualidade de Administrador Público.

O fato – decorrente desta interpretação expansiva dos destinatários das imposições constitucionais – de que inclusive o Poder Judiciário está habilitado a “aplicar o direito correto”, quando da omissão de outros poderes ou em qualquer outro caso de legislação não satisfatória, leva ao arraigado debate acerca da legitimidade do ativismo judicial.

Canotilho afirma que a retificação do direito incorreto pelo magistrado não pode ir ao ponto de criar a norma. Concorde o português, entretanto, ser “admissível e exigível a aplicação imediata dos preceitos constitucionais, sempre que isso possa ser feito sem mediação legislativa e, neste caso, pode dizer-se que as imposições constitucionais se dirigem também ao juiz e à administração<sup>28</sup>”.

Concernente às normas programáticas, o constitucionalista português Jorge Miranda assevera que estas, pelo simples fato de constarem no texto constitucional, impõem aos preceitos

---

<sup>28</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Idem, p. 295.

restantes uma interpretação diferenciada. Diz ainda que as normas programáticas, embora sempre prescrevam uma direção, possuem também um sentido proibitivo ou negativo, já que castram a emissão de outras normas contrárias à diretriz posta, resultando no desatendimento a esta proibição uma inconstitucionalidade material<sup>29</sup>.

Sobre a exequibilidade das imposições constitucionais, Canotilho é enfático ao afirmar não constituírem direitos *self executing*, ou seja, imediatamente executáveis. Inexiste, aí, meio de transformar as obrigações do Texto Maior em direito atual sem a *interpositio* do legislador ou de outro órgão constitucional. O professor da Universidade de Coimbra cita H. Bethge para explicar que o dever jurídico imposto pelas normas hierarquicamente superiores da Constituição não se reduz às simples determinações Constitucionais, alavancadas pela maior hierarquia normativa da Constituição sobre a legislação infraconstitucional e sobre aqueles que estão vinculadas àquela<sup>30</sup>.

### 2.3.1 A Força Normativa das Imposições Constitucionais

No contexto da Constituição dirigente, as imposições constitucionais possuem força normativa capaz de influenciar a atividade do legislador, em respeito às diretrizes constitucionais, haja vista a aptidão hierárquica da Constituição em dirigir o ordenamento e, portanto, a atividade legislativa. Conceder ao legislador capacidade conformativa ampla – leia-se: sem limites de atuação – toma contornos de “inocência” e de inaplicabilidade na constituição dirigente. A teoria da autovinculação natural do legislador à Constituição está definitivamente superada em tal teoria constitucional<sup>31</sup>.

Não obstante, as imposições constitucionais não podem cercear plenamente a liberdade de escolha do legislador. Apesar do seu âmbito normativo, elas devem ceder espaço a conformações políticas, constituindo um tripé jurídico-político-constitucional. As imposições são, além de um “problema político” e um “problema normativo”, um verdadeiro “problema constitucional”, nas palavras do constitucionalista português, *ex verbis*:

O problema da realização das imposições constitucionais é, simultaneamente, um problema político e um problema normativo [...] é um problema constitucional [...] A conciliação e

<sup>29</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, Tomo II, Constituição e Constitucionalidade**. 3ª ed, p. 250-251.

<sup>30</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, *Ibidem*, p. 298.

<sup>31</sup> *Idem*, *Ibidem*, p. 296.

confrontação do jurídico-constitucionalmente imposto pela lei fundamental com o que é politicamente executado pelo legislador exige a consideração das várias dimensões - metódicas, teórico-constitucionais, dogmático-constitucionais e políticas -, e não apenas a consideração unilateral do controlo das omissões legislativas<sup>32</sup>.

E este problema constitucional se perfectibiliza com a intitulada atualização das normas constitucionais pelo legislador ou pelo Poder Executivo nas suas atribuições legislativas e, numa concepção mais moderna, por uma “interpretação conforme a Constituição” pelo Poder Judiciário, pelos Órgãos Constitucionais e pela Administração Pública.

A interpretação conforme a Constituição tem a natureza de excluir as interpretações contraditórias à Constituição, como se depreende de forma manifesta da leitura do seu nome. Possui, além disso, uma essência adaptativa ao buscar dar um sentido possível à norma, diferente do gramaticalmente evidente, e serve para excluir outras interpretações possíveis quando incompatíveis com aquela disposta como de acordo com o texto constitucional. Luís Roberto Barroso assegura que o instituto é, sobretudo, um mecanismo de controle de constitucionalidade<sup>33</sup>, pois, em seu sentido negativo, declara ilegítimas interpretações contrárias àquela(s) disposta(s) como próprias à Lei Maior:

Como bem perceberam os publicistas alemães e, especialmente, o Tribunal Constitucional Federal, quando o Judiciário condiciona a validade da lei a uma determinada interpretação ou declara que certas aplicações não são compatíveis com a Constituição está, em verdade, declarando a inconstitucionalidade de outras possibilidades de interpretação (*Auslegungsmöglichkeiten*) ou de outras possíveis aplicações (*Anwendungsfälle*)<sup>34</sup>.

Jorge Miranda filia-se a este pensamento, ao entender, também, este método de interpretação de acordo com a Constituição como um recurso de fiscalização de constitucionalidade, o qual “justifica-se em nome de um princípio de economia do ordenamento ou de máximo aproveitamento dos atos jurídicos<sup>35</sup>”. Este regime determina uma posição ativa e criadora de controle constitucional, além de possibilitar a autonomia – muito necessária – dos outros Poderes em relação aos órgãos legislativos, obviamente por meio da sujeição ao princípio da razoabilidade e aos limites ordenados no preceito legal. A respeito de seu método de aplicação, valem os ensinamentos do professor Miranda:

A interpretação conforme a Constituição não consiste então tanto em escolher entre vários sentidos possíveis e normais de qualquer preceito o que seja mais conforme com a Constituição quando em discernir *no limite* – na fronteira da inconstitucionalidade – um

---

<sup>32</sup> Idem, Ibidem, p.303.

<sup>33</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 7ª Ed, p. 196.

<sup>34</sup> BARROSO, Luís Roberto. Ibidem, p. 196.

<sup>35</sup> MIRANDA, Jorge. Ibidem, p. 264.

sentido que, embora não aparente ou não decorrente de outros elementos de interpretação, é o sentido *necessário* e o que se torna *possível* por virtude da força conformadora da Lei Fundamental<sup>36</sup>.

Tampouco as imposições constitucionais são identificadas por uma análise processual ou puramente gramatical do Texto Maior, investigadas “artigo a artigo”. Isto porque existe relevante diferença entre imposições constitucionais, erigidas por um esforço permanente de atualização legislativa e jurisprudencial, não esgotável em um ato legislativo a ser praticado em determinado prazo preestabelecido; e ordens de legislação, constituídas por preceitos – identificáveis por uma compreensão gramatical – prescritivos de determinações concretas a serem realizadas em prazo determinado ou posteriormente estipulado.

As imposições podem se reconhecer ou se derivar de um simples preceito ou de um grupo determinado de normas positivadas no texto constitucional. Pode-se identificar num determinado artigo a existência, mesmo que não expressa, de uma imposição legiferante, como se depreende da análise do artigo 225 da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, que declara a imposição ao Poder Público de assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, **impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.**  
§ 1º - **Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:**  
I - **preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;**  
II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;  
III - **definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;**  
IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade<sup>37</sup>;  
[...]  
§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Lerche e Canotilho rumam os trilhos de serem as imposições constitucionais realizadas por um procedimento contínuo. O português é objetivo quanto à matéria, ao identificar nas imposições uma “sequência de atualização”, e não um “estampido isolado”; são, no âmbito político,

<sup>36</sup> MIRANDA, Jorge. Ibidem, p. 264.

<sup>37</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

“uma luta democrática quotidianamente renovada no sentido da realização dos fins e tarefas constitucionais”<sup>38</sup>”.

Lênio Luiz Streck traduz de forma eficaz a questão da atuação do legislador e sua capacidade de conformação política concernente à Constituição brasileira de 1988:

A Constituição é analítica em face do contexto histórico em que foi editada. A desconfiança para com o legislador ordinário e para com o próprio Poder Executivo fez com que fossem colocados no texto da Constituição direitos que até então o Brasil nem sonhava alcançar. Por isso, o processo constituinte foi ruptural. Ao lado de direitos em abundância, também foram aumentadas as formas de acesso à Justiça. Resultado: quanto mais detalhada a Constituição, menor a liberdade de conformação do legislador.

Torna-se visível o caráter contínuo de prestação estatal ao averiguar a imposição contida no artigo 225 da Constituição brasileira. Impor ao Poder Público e à coletividade o dever de preservar e defender o meio ambiente requer uma “atualização” legislativa e política constante, sob pena de descumprimento da norma constitucional suscitada. Para haver o inadimplemento estatal, como se vê, não se faz necessária a estipulação de um prazo fixado ao legislador ou a outro órgão político; suficiente é a sua “não atualização”.

### 2.3.2 A Teoria da Reserva do Possível

A cláusula da reserva do possível foi aplicada pela primeira vez pelo Tribunal Constitucional Alemão, em demanda deflagrada por estudantes inadmitidos na faculdade de medicina em razão de uma política de limitação ao número de vagas. A corte afirmou, no caso, ter o cidadão direito a uma prestação positiva do Estado, entretanto com limitações embasadas na razoabilidade da pretensão<sup>39</sup>.

Nas suas origens, portanto, a teoria da reserva do possível ampara-se na razoabilidade da pretensão deduzida pelo cidadão em relação ao Estado. A aplicação do instituto em território tupiniquim, entretanto, sofreu uma deturpação em sua interpretação, justificando, inclusive, a sua renomeação para teoria da “*reserva do financeiramente possível*”. Da condição de razoabilidade à aspiração requerida pelo cidadão, na Alemanha, passou-se a exigir, no Brasil, uma prévia dotação orçamentária ou, num contexto amplo e plenamente discricionário, a disponibilidade de recursos públicos.

---

<sup>38</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Ibidem, p. 303.

<sup>39</sup> BverfGE n. 33, S. 333.

Transformou-se o instituto em uma nova escusa à gerência estatal na efetivação do Estado Social, porque, “se antes se entendia pela impossibilidade jurídica de intervenção do Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais, agora se entende pela ausência de previsão orçamentária<sup>40</sup>”.

Felizmente não tardou em demasia para a jurisprudência brasileira, no pioneirismo do Ministro Celso de Mello, passar a perceber seus descaminhos e buscar guarida na verdadeira filiação da reserva do possível cunhada pela Corte Alemã, fundada na razoabilidade da pretensão, e não na rasa motivação de insuficiência de recursos ou de inexistência de orçamento estatal para efetivar a prestação constitucionalmente positivada:

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. **Não se mostrará lícito**, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – **criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação**, em favor da pessoa e dos cidadãos, de **condições materiais mínimas de existência**. Cumpre advertir, desse modo, que **a cláusula da “reserva do possível”** – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – **não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais**, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.<sup>41</sup> (sem grifo no original)

Em apertada síntese, o princípio da reserva do possível deve ser enxergado como mais uma importante ferramenta na ponderação tanto pelo Poder Legislativo quanto pelos outros poderes quando da efetivação das imposições constitucionais. Sua aplicação é utilíssima por considerar “a inexistência da supremacia absoluta dos direitos fundamentais em toda e qualquer situação<sup>42</sup>”; entretanto, o instituto não pode ser usado como legitimador da suposta impotência do Estado na prestação de direitos essenciais pelo Poder Público com base na alegação de insuficiência de recursos ou na ausência de previsão orçamentária.

A cláusula em comento, vinculada a uma análise com base na razoabilidade da prestação pretendida é deveras proveitosa para identificar a falta de plausibilidade da exigência ao

---

<sup>40</sup> MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas** *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007.

<sup>41</sup> STF, ADPF n. 45, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 29.04.04, g. n.

<sup>42</sup> MÂNICA, Fernando Borges. *Ibidem*.



Poder Público de determinada prestação, com base naquilo que a Constituição efetivamente dispõe de forma impositiva; ou se o Estado estaria, de fato, obrigado a prover o direito requerido em uma específica situação, tornando-se o não fazer em uma omissão inconstitucional.

A decisão no Recurso Especial n. 1.185.474/SC, de relatoria do Min. Humberto Martins, apesar de extensa, merece ser transcrita em sua maior parte, devido ao elevado grau de instrução no que pertence ao tema da reserva do possível:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – ACESSO À CRECHE AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS – DIREITO SUBJETIVO – RESERVA DO POSSÍVEL – TEORIZAÇÃO E CABIMENTO – IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO COMO TESE ABSTRATA DE DEFESA – ESCASSEZ DE RECURSOS COMO O RESULTADO DE UMA DECISÃO POLÍTICA – PRIORIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL – ESSENCIALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO – PRECEDENTES DO STF E STJ.

1. A tese da reserva do possível assenta-se em ideia que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*Impossibilium nulla obligatio est* - Celso, D. 50, 17, 185). Por tal motivo, a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia.

2. Todavia, observa-se que a dimensão fática da reserva do possível é questão intrinsecamente vinculada ao problema da escassez. Esta pode ser compreendida como "sinônimo" de desigualdade. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, devem ser distribuídos segundo regras que pressupõe o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo.

(...)

5. Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial.

(...)

10. Porém é preciso fazer uma ressalva no sentido de que mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial persista a carência orçamentária para atender a todas as demandas. Nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária. Em situações limítrofes como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois estes, dentro do que é possível, estão de acordo com a Constituição, não havendo omissão injustificável.

(...)

11. Todavia, a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social. No caso dos autos, não houve essa demonstração. Precedente: REsp 764.085/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 1º.12.2009, DJe 10.12.2009.

## 2.4 A IDEIA DE VINCULAÇÃO JURÍDICA DO LEGISLADOR ÀS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Uma das características sobressalentes da Constituição Dirigente é formular um instrumento de vinculação dos entes políticos (principalmente o Poder Legislativo, mas também extensível ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário) ao cumprimento do texto positivado. Esta tarefa constitucional de direção política tanto pode envolver apenas um Poder quanto englobar vários órgãos.

A vinculação jurídica ao texto constitucional é, sobretudo, uma exigência de conformidade jurídico-material, o que traz à tona a questão da liberdade de conformação do Poder Legislativo – membro apto a interpretar e sincronizar a Lei Maior à realidade fática – para a concretização do constitucionalmente imposto.

Este assunto nos remete ao atrito entre as teses do “legalismo” e do “constitucionalismo”. A primeira se preocuparia com a autonomia do legislador, exigindo que a jurisdição fixasse suas vigas mestras nos limites estabelecidos para sustentar a autonomia deste poder legitimado pelo voto popular. O segundo, por sua vez, parte do pressuposto de que a Constituição é um programa positivo de valores, definido por uma rede normativa que, em caso de não completa satisfação, é capaz de solicitar a prestação jurisdicional do Poder Judiciário e do órgão com funções de Corte Constitucional<sup>43</sup>.

Em poucas palavras, o instituto da vinculação constitucional, de roupagem nitidamente constitucionalista, traduz-se na sujeição jurídica dos poderes e funções do Estado às normas hierarquicamente superiores da Constituição, e parte de uma ideia de Constituição protagonista, não mais arquitetada como simples limite negativo material e formal das atuações legislativas. Sobretudo, a vinculação constitucional “implica a determinação positiva dos atos legislativos pelas normas constitucionais<sup>44</sup>”.

Uma Constituição dirigente, conforme já dito, define, no detalhamento que lhe for conveniente, as finalidades estatais, os princípios básicos daquele Estado Democrático de Direito e a estrutura de tarefas a serem desempenhadas pelos órgãos e entes estatais. Os fins postos pela Constituição não possuem, contudo, amparo normativo suficiente para se concretizarem caso inexista um fundamento jurídico-constitucional robusto, bem formulado. Fundamento este não simploriamente condensado à tarefa de fixação de competências e de legitimação das funções desempenhadas por cada órgão.

---

<sup>43</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. Ley, derechos, justicia. Trad. de Marina Gascón. 3a. edição. Edt. Trotta S.A., Madrid, 1999, p. 151.

<sup>44</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Ibidem*, p. 249.

Canotilho, inclusive, argumenta sobre a necessidade de os dispositivos constitucionais buscarem um vigoroso arcabouço normativo, sob pena de a Constituição não cumprir seu valor regulamentador da convivência social:

A Constituição, ao dar ao Estado uma conformação juridicamente concreta, não se limita a simples contornos negativos - como pretende a teoria dos limites - dos poderes estaduais, nem a impor ao legislador a prossecução do "interesse público", do "bem comum", do "aumento da qualidade de vida", com base em diretivas tão vagas como a ideia de "justiça", de "solidariedade" ou de "direito"<sup>45</sup>.

Verifica-se, logo, existir numa Constituição dirigente, como a brasileira, um âmbito mais restrito de liberdade de conformação política do que numa Carta Constitucional não programática, a exemplo da Constituição dos Estados Unidos da América.

Apesar de não se referir especificamente ao instituto da vinculação jurídica dos órgãos políticos pelo texto constitucional, elucidativas foram as palavras de Rui Barbosa ao tecer comentários sobre a chamada “força imperativa das regras”, que podem ser entendidas, contemporaneamente, por vinculação das normas constitucionais, *ex verbis*:

Não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos. Muitas, porém, não revestem dos meios de ação essenciais ao seu exercício os direitos, que outorgam, ou os encargos, que impõem: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a Legislatura, segundo o seu critério, os habilite a exercerem.<sup>46</sup>

As conclusões do Jurista, proferidas no início do século passado, tornam-se peculiarmente mais atuais com o transcorrer dos anos, numa relação diretamente proporcional com a evolução econômico-social do nosso País. Isto se dá porque, conforme se depreendeu das seções anteriores, o advento da Constituição de 1988, com seu perímetro notadamente programático, possibilita uma maior imperatividade das normas e preceitos constitucionais. Estes deveres de normatização são de aplicação contínua, de forma cada vez mais estreita ao texto positivado (com ressalvas aos casos de aplicação da teoria da “reserva do possível”, assunto para próxima seção), alavancado pela missão Estadual de zelar e aplicar os Direitos Sociais.

Canotilho assevera, em sua teoria da vinculação constitucional, ser a maior característica específica do regime “a existência de uma ordem material permanente e concreta dirigida essencialmente ao legislador, no sentido de este emanar os atos legislativos

---

<sup>45</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, *Ibidem*, p. 249.

<sup>46</sup> BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**, II. São Paulo, 1933, p. 489.

concretizadores<sup>47</sup>”. Traços marcantes que se somam ao dever disposto constitucionalmente de o Poder Legislativo regular as matérias contidas nas imposições e à necessidade de atualizar os preceitos impositivos, com base nas diretrizes materiais constantes. Portanto, o que coagiria o legislador a agir não seria tão somente a existência de uma ordem de legislar em prazo estipulado, ou a possibilidade de existência de execução, por vias judiciais, de alguma imposição constitucional não concretizada.

Diante disto, uma vez satisfeita a condição constitucionalmente estabelecida para o legislador agir (quando não se tratar de normas abertas e cláusulas gerais), inexistente liberdade de conformação para a tomada da decisão<sup>48</sup>.

Neste modo, os atos legislativos tornam-se positivamente vinculados pelas disposições constitucionais, não apenas por conformidade ao princípio da legalidade dos atos do legislador, mas também (e principalmente) por questão de legitimidade funcional. A atuação do legislador, desta forma, não pode estar indiferente aos preceitos hierarquicamente superiores da Carta Maior.

No norte da definição de Canotilho, “a submissão jurídico-normativa do legislador aos preceitos constitucionais é inquestionável”, à medida que a sua autonomia legiferante sofre limitações materiais contundentes, no âmbito dos direitos fundamentais, senão vejamos:

O dogma da soberania da lei e do legislador, positivamente ou decisionisticamente formulado, está sepultado; a autonomia do legislador sofre uma "compressão" material inequívoca no âmbito dos direitos fundamentais; a ordem constitucional afirma-se com prevalência da constituição relativamente às leis, com a consequente exclusão de uma liberdade das leis no sentido de atos juridicamente livres da constituição. (...) *o problema da vinculação constitucional das imposições legiferantes não é uma "repetição" do problema da constitucionalidade dos atos dos poderes públicos.* <sup>49</sup> (Grifo do autor)

Outra questão fundamental de compreensão é dissociar a vinculação do legislador da sujeição do ato administrativo em relação à lei. Canotilho<sup>50</sup> é pontual ao asseverar não haver correlação, sequer por simetria, entre a liberdade conformativa do legislador e o poder discricionário do administrador.

As razões da afastabilidade de apreciação conjunta e sinônima destes conceitos residem, primeiramente, na essência política do órgão legislativo, estruturado com base em um espaço

---

<sup>47</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes.

<sup>48</sup> Esta é, de acordo com a classificação de Canotilho, o *se* do ato de legislar, que ainda comporia o *quê* – atinente à vinculação de o legislador atuar sobre as matérias que na lei fundamental são objeto de imposição legislativa; e o *como* – ligado à obrigação de se legislar de acordo com as diretrizes materiais contidas nas imposições legislativas e com os outros preceitos que elas remetem.

<sup>49</sup> Idem, Ibidem, p. 314.

<sup>50</sup> Idem, Ibidem. p. 174.

necessariamente mais amplo de conformação em relação àquele destinado ao administrador; e, após, na própria amplitude de conformação político-legislativa na interpretação e aplicação do texto programático da Constituição pelo ente político legislador, suficiente para suscitar a tese da “reserva do possível”, assuntou de estudo para as próximas páginas.

Segundo Canotilho, “o legislador inativo suporta uma censura jurídico-constitucional de violação de direitos fundamentais equivalente à antiga interferência ilícita no âmbito da liberdade e propriedade dos cidadãos<sup>51</sup>”, fenômeno perceptível capaz de justificar terem os direitos com dimensão programática grau de vinculação não menor que os direitos de garantia, possuidores de uma autonomia de aplicação. Todo direito fundamental possui dimensão programática, caso seja entendido como um princípio, enquanto os direitos de garantia são aqueles mantenedores do *status quo*, como o disposto no art. 12 da Constituição Federal<sup>52</sup>.

Além disso, a vinculação das normas constitucionais não representa um cárcere legislativo ao positivamente disposto no texto da Lei Maior. Como já dito, mesmo um conteúdo constitucional programático emprega o uso de cláusulas gerais, cabendo ao legislador, justamente, o papel de interpretar, ponderar e valorar aquele determinado fim constitucional. Vislumbra-se, portanto, estar o Poder Legislativo habilitado a exercer uma atividade política criadora – embora esteja jurídico-constitucionalmente vinculado –, noção apartada de um simplório esquema de execução e aplicação da constituição, ativado pela subsunção da norma ao caso concreto. A esta “conformação [...] dos fins político-sociais enunciados na Constituição<sup>53</sup>” Canotilho dá o nome de política constitucional.

Precisamente com o condão de regular o âmbito de conformação do legislador existem os princípios constitutivos do Estado e os direitos fundamentais. Da mesma forma em que as cláusulas gerais são abertas, os princípios também o são e, por isto, servem para frear um ímpeto autoritário do legislador ou para providenciar remédios às soluções legislativas inadequadas, viciadas ou, simplesmente, erradas. “*O problema não reside aqui em, através do controle constitucional, se fazer política, mas em apreciar a constitucionalidade da política*<sup>54</sup>”.

O constitucionalista italiano Gustavo Zagrebelsky pondera a respeito da necessidade de

---

<sup>51</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Ibidem*, p. 369.

<sup>52</sup> Art. 12. São brasileiros: I - natos: a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país; b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil; [...]. *in* BRASIL [1988].

<sup>53</sup> *Idem*, *Ibidem*, p. 218.

<sup>54</sup> *Idem*, *Ibidem*, p. 275.

conceder às razões do legislador um lugar adequado e independente:

La legislación tiene un fundamento constitucional propio. Es expresión de derechos políticos que, en virtud de la Constitución, están en El mismo plano que los otros derechos y principios de justicia. En caso de contradicción, cede la ley, como exige la Constitución rígida. Pero esto no autoriza en absoluta a negar a la legislación su carácter originario y espontaneo, es decir, a “despolitizarla”, degradándola a mera función técnica para la actuación de los contenidos constitucionales, por más elevados y seductores que éstos puedan ser. El positivismo legislativo se anota aquí todavía algún ponto a su favor<sup>55</sup>.

Nesses moldes, deve-se atribuir à lei um valor em si mesmo, com independência de seus vínculos e de seus conteúdos. Neste ponto há disparidades entre o entendimento de Zagrebelsky e o de Canotilho, pois o primeiro afirma que a lei, para ser devidamente válida, não deve requerer nenhuma legitimação de conteúdo, mesmo quando houver contradição à Constituição. “En otras palabras, la ley vale en línea de principio porque es ley, no por lo que disponga<sup>56</sup>”.

Invariavelmente haverá, entretanto, um âmbito dificilmente regulado pela Constituição no que toca à interpretação, pelo legislador, da vida econômica, social e cultural da nação. A justiça de determinada decisão jurisdicional requisita as insubstituíveis tarefas do legislador, como também a convivência da normatização imposta pela Constituição.

Por fim, o campo de satisfação dos direitos fundamentais (aqui também entendidos prestação de direitos sociais, econômicos e culturais) é marcado pela manutenção de liberdade do cidadão, no modelo clássico do Estado Liberal e da pretensão de que não haja invasão estatal na esfera particular; e pelos direitos a prestações, baseado no novo paradigma do Estado Democrático Social de Direito e na sua respectiva pretensão de ação legislativa.

O problema de efetivação das imposições constitucionais é, portanto, um problema de concretização dos direitos a prestações, entendendo-se por estes a atuação positiva fática do Estado necessária para concretizar os direitos fundamentais ou, em outras palavras, as “ações que o Estado deve adotar para atender o preceito fundamental<sup>57</sup>”. Portanto, trata-se da ação precisa do Estado para que não seja violado direito fundamental.

---

<sup>55</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. Ibidem, p. 151.

<sup>56</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. Ibidem, p. 151.

<sup>57</sup> NETO, João Pedro Gibran. **Direito a prestações materiais e a efetividade da tutela jurisdicional**. 2004. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

## 2.5 A CONCRETIZAÇÃO DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS DIRIGENTES

Como dito, da passagem de um Estado Liberal – em que a pretensão jurídica baseava-se numa “prestação da omissão dos poderes públicos<sup>58</sup>” – para um Estado Social – em que se encaminha para uma “proibição da omissão” – visualiza-se uma maior responsabilidade dos poderes públicos, especialmente do legislador, na tarefa de tornar líquido o exercício efetivo dos direitos reclamados:

A "polemização" dos fundamentos do Estado é também patente: os direitos a prestações suscitam a discussão do tipo de Estado (capitalista, socialista) que melhor os pode assegurar; pressupõem uma tarefa de conformação social ativa por parte dos poderes públicos, sobretudo do legislador; reclamam nova distribuição de bens e rendimentos, e, até, uma transformação social de estruturas econômicas. Conjugando este último aspecto - *legitimação do Estado* - com o primeiro - *força determinante dos direitos a prestações* - logo se descortina o *punctum saliens* da questão: a insuficiência da estrutura política, constitucional e jurídica do Estado Liberal (...) e os subsequentes problemas que a substituição ou complementação da arquitetura do Estado Liberal coloca quando se deseja efetivamente transitar para um Estado Democrático-Constitucional.<sup>59</sup>

As Constituições modernas, por terem seguido o modelo programático com inclinações ao Estado Social, dispõem de aberturas à intervenção legislativa, escalonadas em diferentes graus, definidos por normas densas – a disciplina disposta é mais detalhada, o que torna diminuta a intervenção legislativa – e por normas munidas de conceitos mais genéricos, lacunosos – nas quais se aumenta a capacidade conformativa do legislador. As diferenças de densidade de uma norma constitucional modificam o seu respectivo grau de exequibilidade, provocando a discussão da autoaplicabilidade (ou não) de uma norma.

Rui Barbosa popularizou<sup>60</sup>, entre nós, a doutrina norte-americana da “*self-executing provisions*” e do “*not self-executing provisions*”, compreendendo-se as primeiras como aquelas normas autoaplicáveis, enquanto as segundas aquelas em que seria imprescindível a edição de lei infraconstitucional para regular a matéria de forma mais específica.

Neste norte, os preceitos constitucionais dirigentes teriam mais afinidade com a segunda categoria supracitada (*not self-executing provisions*), pois seria conferida ao poder público uma tarefa determinada no texto constitucional.

<sup>58</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Ibidem. P. 365.

<sup>59</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Ibidem, p. ???

<sup>60</sup> BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**, v. 2, p. 475 e s., *apud* José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, São Paulo: RT, 1982, p. 63 e segs.

Buscando maior proximidade com a doutrina pátria, traz-se à baila a classificação de José Afonso da Silva <sup>61</sup> no que tange à aplicabilidade das normas constitucionais, diferenciando estas entre normas de eficácia plena – caracterizadas por não exigirem a elaboração de novas normas pelo legislador para tornar-se aplicável e densa de sentido; normas de eficácia contida – dotadas de aplicabilidade direta e imediata, porém sujeitas a restrições limitadoras de sua eficácia; e, finalmente, normas de eficácia limitada – de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida. Conforme se deduz, estas últimas se aproximam da definição de normas “*not self-executing*”, da doutrina estadunidense, que, por sua vez, avizinha-se da definição das normas programáticas.

Identificadas as normas programáticas como normas “*not self-executing*” e/ou normas de eficácia limitada (que ainda podem ser definidoras de princípio organizativo, matéria não atinente a este estudo), na medida em que não produzem, intencionalmente, com a entrada em vigor, todos os seus efeitos especiais, passa-se a analisar as maneiras de sua concretização pelos órgãos políticos.

Canotilho explica o fenômeno intencional de indeterminabilidade na disposição dos preceitos constitucionais programáticos:

[...] sendo os preceitos constitucionais modos de ordenação de uma realidade presente mas com dimensão prospectiva (isto é: dirigida para o futuro) e inserindo-se numa pluralidade de quadros de referência, onde o direito político e a política se relacionam, a eles se exige *abertura, flexibilidade, extensão ou indeterminabilidade*, de modo a possibilitar uma conformação compatível com a natureza da direção política e uma adaptação concreta do programa constitucional. <sup>62</sup>

Esta indeterminabilidade dos preceitos constitucionais, no caso de ser conscientemente formulada, pode ocorrer em duas situações: criação, pela Constituição, da ordem geral, genérica e incompleta – chamada por Canotilho de abertura horizontal; e a regulação da matéria constitucional de forma incompleta com intenção de abertura para concretização da atividade infraconstitucional – a denominada abertura vertical.

Verifica-se existir na primeira situação o reconhecimento tácito, pelo constituinte, da impossibilidade de normatização exaustiva, perfeita e acabada do preceito constitucional. No segundo momento, por sua vez, sobrevém a primeira distribuição de competências e de tarefas do poder constituinte, “*fixador ou criador de normas constitucionais*”<sup>63</sup> ao órgão responsável pela

<sup>61</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6a ed., São Paulo, Malheiros, 2003, p. 81 e s.

<sup>62</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Ibidem*. p. 178.

<sup>63</sup> *Idem*, *Ibidem*, p. 193.



edição das leis, “*executor da Constituição*”<sup>64</sup>.

É aceita com certa naturalidade a ampla abertura das normas constitucionais em relação aos assuntos em que se busca uma maior discussão e conformação política. Requer-se, entretanto, menor conformação legislativa, ou seja, maior densidade normativa, quando for se tratar de princípios estruturantes da ordem político-social, ou quando for interessante ao constituinte a tomada de decisões precisas e inequívocas em relação a certas controvérsias.

Faz-se mister evidenciar que o conflito de articulação entre a divisão de competências e o cumprimento das normas programáticas contidas no Texto Maior positivado, o grau de exequibilidade de certa norma ou os limites de conformação legislativa e política de certo conjunto normativo definidor, só pode ser enxergado de forma cristalina à luz de um texto constitucional concreto, inserido num contexto determinado, empiricamente, e não por meio de discussão tão somente teórica.

Voltando ao debate a respeito das normas programáticas, os direitos a prestações originários, assim entendidos como aqueles derivados diretamente da Constituição, são estabelecidos, em maior ou menor grau, na forma de normas de conteúdo programático, de dispositivos genéricos, carentes de concretização pelo legislador.

A dificuldade de efetivação destes direitos – leia-se: a inexistência de exequibilidade imediata – todavia, não é suficiente para desconsiderar sua dimensão subjetiva (caracterizada pela incidência da norma jurídica ao fato concreto). Isso porque tais direitos se inserem no rol de direitos fundamentais do cidadão, estando o Poder Público vinculado a agir, sob pena de ocorrer violação à Constituição pela inação estatal.

Tal fenômeno ocorre pela não correspondência necessária entre o âmbito normativo do direito a prestação e o dever de prestação contido na imposição legislativa. Explica-se: o atendimento legislativo de uma imposição constitucional não satisfaria, de forma exaustiva, a fruição de direito carecedor de prestação contínua do Estado (direito à educação ou à saúde, por exemplo). A prestação estatal das condições necessárias ao gozo dos direitos fundamentais é e deve ser contínua, mais ampla do que a esfera de atuação do Poder Legislativo em determinada legislação, ou do Executivo na expedição de algum decreto específico.

Vejam, por exemplo, um hipotético caso de omissão do legislador em criar condições para a fruição do direito à educação quando a ele houvesse imposição constitucional para esta

---

<sup>64</sup> Idem, Ibidem, p. 193.

regulamentação. Nesse fictício, mas não raro evento, ter-se-ia um exemplo clássico de omissão, possivelmente inconstitucional, em que o cidadão não poderia ser penalizado pela mora do poder Legislativo em criar as estruturas necessárias para desfrutar do direito fundamental à educação, não deixando este de ser um direito subjetivo simplesmente pela omissão do Poder Público, *in casu*, de índole legislativa.

De acordo com Canotilho, o legislador omissor na criação dos pressupostos de concretização dos direitos sofre uma tripla censura:

1) a que deriva da eventual imposição legiferante concretamente existente na norma consagradora do direito social, econômico ou cultural (*inconstitucionalidade derivada de imposição não cumprida*); 2) a que deriva das imposições gerais abstratas relacionadas com a realização dos direitos fundamentais (*o silêncio reiterado do legislador pode tornar-se inconstitucional*); 3) a que resulta da *força determinante autônoma dos direitos fundamentais* (o legislador viola, por omissão, os direitos fundamentais, ao não criar os meios necessários à fruição desses direitos).<sup>65</sup>

Cumprido ressaltar não ser a concretização das imposições constitucionais apenas tarefa do Poder Legislativo, por meio da expedição de normas, resoluções, leis ordinárias e complementares. A concretização constitucional também compete à direção política: “um *processo complexo de regulação* que através de leis e regulamentos, de atos de planejamento, de linhas políticas e instruções [...] exige a participação ativa de vários órgãos constitucionais<sup>66</sup>”.

### 2.5.1 O Direito Dúctil de Gustavo Zagrebelsky

Gustavo Zagrebelsky formula uma contraposição incisiva à teoria do dirigismo constitucional formulada por José Joaquim Gomes Canotilho. O autor italiano afirma que a Constituição moderna não possui centralidade, pois não estabelecerá um projeto determinado, mas sim possibilidades amplas de concretização, executadas por forças políticas majoritárias de acordo com suas conveniências. Esta é a chamada tese do “Direito Dúctil” (a obra original, em italiano, chama-se “*Il diritto mite. Legge, diritti e giustizia*”<sup>67</sup>), que defende a ideia do pluralismo constitucional propiciado pelo compromisso de possibilidades, capaz de subverter a ideia da força maior da Constituição Dirigente.

Em sua teoria, Zagrebelsky tece críticas ao positivismo e também ao direito resultante

<sup>65</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Ibidem*, p. 370.

<sup>66</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, *Ibidem*, p. 178.

<sup>67</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia**. Edt. Einaudi, Torino, 1992.

da Revolução Francesa de 1789. Ataca, sobretudo, a noção de constitucionalismo como sistema de catalogação de direitos. Defende uma visão política e social pluralística, na medida em que assevera existirem forças expressivas que não as estatais. Estas forças – que atuariam no campo político, econômico, social, religioso e cultural – seriam capazes de deslocar o poder da gerência supostamente imparcial do Estado. Seria a institucionalização do poder por esferas supraestatais:

El rasgo más notorio del derecho público actual no es la sustitución radical de las categorías tradicionales, sino su “pérdida de la posición central”. Y ello constituye realmente una novedad de absoluta importancia, porque comporta una consecuencia capital: al faltar un punto unificador tomado como axioma, la ciencia del derecho público puede formular, proponer y perfeccionar sus propias categorías, pero éstas no pueden encerrar y reflejar en sí un significado concreto definible *a priori*, como sucedía cuando la orientación venía dada desde la soberanía del Estado. Hoy en día el significado debe ser construido. [...] Las categorías del derecho constitucional, para poder servir como criterio de acción o de juicio para la praxis, deben encontrar una combinación que ya no deriva del dato indiscutible de un “centro” de ordenación. Per usar una imagen, el derecho constitucional es un conjunto de materiales de construcción, pero el edificio concreto no es obra de la Constitución en cuanto tal, sino de una política constitucional que versa sobre las posibles combinaciones de esos materiales<sup>68</sup>.

Alega o Professor da Universidade de Turim, assim, não existir mais espaço para o direito aceitar uma visão sistemática e puramente estruturalista. O próprio Kelsen reconhecia, em sua teoria geral do direito<sup>69</sup>, poder a Constituição conter outras normas somadas àquelas positivamente previstas.

Da mesma forma que Norberto Bobbio<sup>70</sup> postula não poder a norma jurídica ser analisada de forma isolada, mas inserida no contexto do ordenamento jurídico, a Carta Constitucional, em relação à interpretação e aplicação, também deveria ser interpretada de forma mais dúctil, maleável, e não sob um rol taxativo de tarefas e princípios instituidores catalogados de forma exaustiva pela Constituição.

As considerações de Zagrebelsky sobre a maleabilidade constitucional são realmente contundentes. Deve-se atentar, todavia, ter o autor formulado sua teoria inserido num contexto em transição: do Direito Constitucional Estatal para o Direito Constitucional Europeu. A Constituição dúctil de Zagrebelsky é muito mais palpável quando se tem a União Europeia como cenário de estudo, em um momento em que os países do velho continente buscavam (e buscam), cada vez mais, fundamentos e estruturas político-sociais comuns.

---

<sup>68</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Ley, derechos, justicia. Trad. de Marina Gascón. Edt. Trotta S.A., Madrid, 1999, p. 12.

<sup>69</sup> KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado, Editora Martins Fontes, p. 182.

<sup>70</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico, Editora UnB: 1996, p.19.

No entanto, o direito dúctil pode ainda encontrar obstáculos reais de compreensão e aplicação em terras tupiniquins, justificáveis, infelizmente, pelo subdesenvolvimento social-econômico-constitucional do nosso País.

De volta ao debate sobre concretização constitucional, o doutrinador português afirma ser inadmissível a qualificação dos interesses públicos pelo legislador de forma autônoma, sem amarras na Constituição. “Uma definição normativa do ‘interesse público’ [...] *é necessariamente uma definição de ‘salus publica’ a partir da Constituição: salus publica ex constitutione*<sup>71</sup>”. Neste domínio de interesses públicos há maior densidade normativa, e menor conformação do legislativo. Cabe ao legislador concretizá-los, nos limites outorgados pela Lei Maior, tratando-se de um verdadeiro *poder-dever* de atuação.

---

<sup>71</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, Ibidem, p. 252.

### 3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR CONDUTA OMISSIVA

O fato de o constitucionalismo moderno pós Revolução Francesa e a independência americana estabelecerem a Constituição no sentido de “ordem jurídica fundamental da coletividade” – na definição de Konrad Hesse<sup>72</sup> - possibilita algumas considerações: deduz-se que o Texto Maior contém as diretrizes basilares do Estado, porquanto estipula os limites de atuação do Poder Público e, conseqüentemente, regula o conteúdo das legislações futuras.

Tal fenômeno é cristalino nos países dotados de Constituições escritas, do tipo rígidas, nas quais requer-se um procedimento diferenciado para emendar a Constituição, mais dificultoso em comparação à edição de leis infraconstitucionais. Nestes regimes, a Constituição detém a supremacia formal e material, pois possui posição hierárquica notadamente superior em detrimento de todo o resto do ordenamento jurídico.

O princípio da supremacia da Constituição é sinônimo, nestes termos, de uma gerência desta no que tange ao modo de produção das demais normas jurídicas, inclusive no que diz respeito ao conteúdo disposto no ordenamento infraconstitucional<sup>73</sup>.

#### 3.1 A TEORIA DA INCONSTITUCIONALIDADE

O documento de mais elevado grau da ordem jurídica da sociedade exerce sua hegemonia perante todo o ordenamento e diante de todas as pessoas – tanto as públicas quanto as privadas. Luís Roberto Barroso afirma, todavia, que “a teoria da inconstitucionalidade foi desenvolvida levando em conta, destacadamente, os atos emanados dos órgãos de poder e, portanto, públicos por natureza<sup>74</sup>”. As condutas privadas são reguladas por outras vias, diferentes das utilizadas para regular as leis e outros atos estatais que se insurjam contra o disposto na Constituição, incluindo-se neste bojo o chamado controle de legalidade.

Partindo-se da premissa da rigidez constitucional alcança-se a essência do princípio da supremacia da Constituição. Como mencionado, evidenciada a superintendência da Lei Maior sobre o modo de produção das normas, percebe-se caber à Constituição a tarefa de prescrever o que está

---

<sup>72</sup> HESSE, Konrad. *Grundzuge des Vergassungsrechts der Bunderepublik Deustchland*, p. 10; e *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 29.

<sup>73</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 7ª Ed., Saraiva, p. 372.

<sup>74</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 4ª Ed., Saraiva, p. 11.

de acordo com as suas disposições e o que a ela guarda uma relação de inadequação, inidoneidade e impertinência.

Segundo Jorge Miranda, constitucionalidade e inconstitucionalidade “designam conceitos de relação: a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que cabe ou não cabe no seu sentido, que tem nela ou não a sua base<sup>75</sup>”.

Pois bem, vê-se que a inconstitucionalidade das leis traduz-se em uma análise de determinada norma, ato ou comportamento do Poder Público em contraposição a um parâmetro: a Constituição. Caso não houvesse a supremacia da Constituição no ordenamento, esta não poderia ser tomada como critério de comparação do ato legislativo, ou do comportamento do órgão político, ou, ainda, de determinado dispositivo de lei.

Nos critérios estabelecidos por Elival da Silva Ramos, a inconstitucionalidade enquanto vício “corresponde a essa desconformidade estática (relativa ao conteúdo) ou dinâmica (relativa ao processo de formação), de caráter vertical (hierárquico), entre a lei e a Constituição, resolvida, sempre, em favor das normas de grau superior, que funcionam como fundamento de validade das inferiores<sup>76</sup>”.

Luís Roberto Barroso comenta sobre o plano da eficácia, da validade e da existência das normas, dos atos jurídicos e das leis e seus desdobramentos quando confrontados com a teoria da inconstitucionalidade. O autor afirma que, satisfeito o pressuposto da existência, estaria a norma – aqui entendida como qualquer ato emanado dos órgãos constitucionalmente autorizados – apta a ser analisada no seu campo de validade. E seria justamente este o plano tocado pela inconstitucionalidade, pois norma inadequada à Constituição não possui os requisitos para ser uma norma considerada válida no ordenamento, senão vejamos:

Dentro da ordem de ideias aqui expostas, uma lei que contrarie a Constituição, por vício formal ou material, não é *inexistente*. Ela ingressou no mundo jurídico e, em muitos casos, terá tido aptidão efetiva, gerando situações que terão de ser recompostas. Norma inconstitucional é norma *inválida*, por desconformidade com regramento superior, por desatender os requisitos impostos pela norma maior. Atente-se que validade, no sentido aqui empregado, não se confunde com validade técnico-formal, que designa a *vigência* de uma norma, isto é, sua existência jurídica e aplicabilidade<sup>77</sup>.

Neste viés, a partir do reconhecimento da invalidade do ato, a projeção para o plano

<sup>75</sup> MIRANDA, Jorge. Ibidem, p. 310.

<sup>76</sup> RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das Leis: Vício e Sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 63.

<sup>77</sup> BARROSO, Luís Roberto, Ibidem, p. 13.

seguinte, o da eficácia, visualiza-se contaminada, pois uma norma inconstitucional não é passível de aplicação. A eficácia e aplicabilidade do dispositivo eivado de inconstitucionalidade podem, entretanto, perdurar, até os juízes e tribunais solucionarem a situação – os meios de fazê-lo serão explicados nas próximas páginas.

Destarte, conclui-se ser a inconstitucionalidade um fenômeno relacionado à hierarquia do meio jurídico, concebida pela supremacia da Lei Maior sobre as demais leis constantes no ordenamento, quando estas não se curvarem aos critérios previamente fixados por aquela, violando-os, seja formal ou materialmente.

O sistema criou artifícios para regular os efeitos da inconstitucionalidade, e nesta inconstitucionalidade como sanção analisar-se-ão os instrumentos à disposição capazes de eliminar esses descumprimentos.

### 3.2 INCONSTITUCIONALIDADE POR AÇÃO E INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

A distinção acerca da inconstitucionalidade por ação e da inconstitucionalidade por omissão parte da premissa lógica de ser possível violar a Constituição tanto de uma forma positiva, ao praticar um ato vedado pela Lei Maior, quanto de uma forma negativa, por meio de um *não fazer* aquilo que a Magna Carta exige.

A violação positiva embasa-se, na maior parte das vezes, na incompatibilidade de ato normativo com a Constituição. Segundo Gilmar Mendes, “a garantia jurisdicional da Constituição constitui elemento do sistema de medidas técnicas cujo objetivo é assegurar o exercício regular das funções estatais, as quais possuem caráter jurídico inerente: consistem em atos jurídicos<sup>78</sup>”.

Neste sentido, a inconstitucionalidade por ação é proveniente da conduta comissiva praticada por determinado órgão estatal. No entanto, os atos comissivos inconstitucionais mais relevantes e mais comuns são, segundo Luís Roberto Barroso, aqueles emanados pelo Poder Legislativo, “cuja produção normativa típica é a lei<sup>79</sup>”.

Gilmar Mendes, por sua vez, localiza a inconstitucionalidade por omissão como um fenômeno de reconhecimento relativamente recente<sup>80</sup>, e se atém de forma particular à omissão

---

<sup>78</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1123.

<sup>79</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 4ª Ed., Saraiva, p. 31.

<sup>80</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva,

legislativa inconstitucional, resultante, segundo seu entendimento, do não atendimento a um dever constitucional de legislar, disposto tanto nos comandos explícitos da Lei Magna quanto nas decisões fundamentais da Constituição extraídas mediante um processo interpretativo. Notável salientar o tom indagador e arrebatado do constitucionalista brasileiro acerca do instituto da inconstitucionalidade por omissão:

É possível que a problemática atinente à inconstitucionalidade por omissão constitua um dos mais tormentosos e, ao mesmo tempo, um dos mais fascinantes temas do direito constitucional moderno. Ela envolve não só o problema concernente à concretização da Constituição pelo legislador e todas as questões atinentes à eficácia das normas constitucionais. Ela desafia também a argúcia do jurista na solução do problema sob uma perspectiva estrita do processo constitucional<sup>81</sup>.

Com a finalidade de antecipar o que será discutido, a inconstitucionalidade por omissão ocorre, em poucas palavras, quando se desrespeitam determinações constitucionais – de legislar, de regulamentar, de criar políticas públicas para tornar efetivos certos direitos, entre outras – capazes de obstaculizar o exercício de um direito dependente de regulamentação ou ação do Poder Público. A omissão afronta o princípio da supremacia da Constituição e, por isso, justifica-se sua inserção no campo das inconstitucionalidades, passível a sua fiscalização pelos sistemas de controle de constitucionalidade.

### 3.3 OS SISTEMAS DE FISCALIZAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS (CONTROLES DE CONSTITUCIONALIDADE)

A elaboração de um controle de constitucionalidade numa realidade definida fundamenta-se pela supremacia da Constituição, que requer uma articulação mais técnica dos meios para perpetuar o formal e materialmente positivado. O controle de constitucionalidade é hoje, como bem acentua José Afonso da Silva, “um aspecto relevante da *Jurisdição Constitucional*”<sup>82</sup>.

Jorge Miranda doutrina terem se sobressaído na história três sistemas típicos de controle de constitucionalidade<sup>83</sup>: a) um modelo de fiscalização política, baseado no constitucionalismo francês dos séculos XVIII e XIX; b) um modelo de fiscalização judicial, também conhecido como *judicial review*, criado nos Estados Unidos da América em 1803 e; c) um modelo de *fiscalização*

---

2012, p. 1124.

<sup>81</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1325.

<sup>82</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 32ª ed, Ed. Malheiros, p. 49.

<sup>83</sup> MIRANDA, Jorge. *Ibidem*, p. 381.



*jurisdicional concentrada em Tribunal Constitucional*, ou de matriz austríaca.

Este trabalho optou, com a finalidade de buscar um maior grau de didática, pela classificação do constitucionalista português para, a partir desta, identificar mais claramente os sistemas de controle de constitucionalidade em relação à natureza do órgão de controle, ao momento de exercício de controle, ao órgão que exerce o controle e, finalmente, quanto à forma ou modo de controle, político ou judicial.

### 3.3.1 O SISTEMA POLÍTICO DE FISCALIZAÇÃO

Neste sistema, observa-se tanto a existência de fiscalização por parte do próprio Parlamento ou pelo órgão legislativo, procedimento muito comum na maioria dos países europeus no século XIX e nos países de constitucionalismo marxista-leninista; quanto, também, de uma fiscalização constituída por órgão político especialmente criado para tal, dependente ou não do Parlamento – como o Comitê Constitucional francês de 1946 a 1958. Barroso explica as raízes deste sistema político na experiência revolucionária francesa: “razões históricas e ideológicas levaram os franceses à desconfiança em relação ao poder dos juízes e dos tribunais, com a consequente adoção de um modelo rígido de separação de poderes<sup>84</sup>”, motivos estruturantes da rejeição pós-revolucionária ao controle judicial.

A atuação do Comitê Constitucional francês equipara-se, na verdade, a um controle preventivo da inconstitucionalidade, ao não optar pela declaração da nulidade de ato ou norma após a sua eficácia no ordenamento jurídico; ao contrário, propõe a eliminação das eventuais inconstitucionalidades em momento anterior à conversão do projeto de lei em lei<sup>85</sup>.

No nosso País, o controle realizado pelas casas legislativas por intermédio da manifestação das comissões de Constituição e Justiça sobre a inconstitucionalidade de espécie normativa é um exemplo de controle prévio e de raízes políticas. Também se entende por tal o veto jurídico do Chefe do Poder Executivo a projeto de lei aprovado pela casa legislativa (art. 66 da CF/88), quando adotar como fundamento da rejeição a inconstitucionalidade da lei ou dispositivo.

Entretanto, esta espécie de fiscalização, caso realizada pelo próprio Poder Executivo – como exemplificou Carl Schmitt ao analisar a Alemanha à época da República de Weimar –,

---

<sup>84</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4ª Ed., Saraiva, p. 42.

<sup>85</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Ibidem*, p. 45.

desnatura-se das suas características de controle tipicamente francês, consoante acentua Jorge Miranda:

Uma forma institucional como esta não entra, porém, no modelo político de fiscalização de tipo francês, até porque a garantia da Constituição pelo chefe do Estado não consiste propriamente na garantia da constitucionalidade norma a norma, mas sim na defesa global do regime, dos seus fundamentos ou do equilíbrio entre os respectivos órgãos de poder<sup>86</sup>.

O autor português define a fiscalização política, jurisdicional ou, eventualmente, administrativa, caso seja efetuada, respectivamente, por órgãos políticos (criados para isso), por tribunais e por órgãos administrativos<sup>87</sup>, “quer dizer, por órgãos correspondentes às três funções fundamentais do Estado, os quais possuem formas próprias de intervir e se orientam segundo critérios bem diferenciados<sup>88</sup>”.

### 3.3.2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE AMERICANO - JURISDICIONAL

O modelo americano do *judicial review*, distintamente, capacita o Poder Judiciário a declarar a inconstitucionalidade das leis, nos casos concretos submetidos a sua apreciação. Suas origens remontam à célebre decisão de 1803 da Corte Constitucional proferida no caso *Marbury v. Madison*. Como já aferido neste trabalho, a Corte Constitucional dos Estados Unidos assentou, no *case*, a competência própria do Poder Judiciário para definir o direito a partir da sua interpretação da Constituição. Caberia aos magistrados, neste viés, além de interpretar as normas infraconstitucionais à luz do Texto Maior, negar aplicação às normas que com este conflitassem.

Neste modelo de controle de constitucionalidade, há a possibilidade de exercício de fiscalização por qualquer juiz ou tribunal, independente da demanda, permitindo a todas essas instâncias a competência legítima para reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo. Estas particularidades o caracterizam como um controle por via difusa.

Jorge Miranda comenta a possibilidade, em teoria, de os órgãos da Administração negarem aplicação a uma norma ou ato normativo que entendam estar em contrariedade ao Texto Constitucional<sup>89</sup>. A fiscalização de constitucionalidade de cunho administrativo, quando houver, será também sempre por via difusa.

---

<sup>86</sup> MIRANDA, Jorge. Ibidem, p. 382.

<sup>87</sup> MIRANDA, Jorge. Ibidem, p. 355.

<sup>88</sup> Idem, Ibidem, p. 355.

<sup>89</sup> Idem, Ibidem, p. 356.

O *judicial review* traduz-se em um modo de fiscalização eminentemente repressivo, *a posteriori*, realizado para paralisar a eficácia de uma legislação já em vigor no ordenamento<sup>90</sup>. No Brasil, é o procedimento padrão adotado pelo Poder Judiciário por todos os seus órgãos de controle de constitucionalidade.

A sua via de ação é incidental – por exceção –, ou seja, mediante uma controvérsia concreta, na qual o interesse da parte não se resume, por si só, à declaração da inconstitucionalidade do dispositivo. A apreciação da constitucionalidade é, justamente, *incidenter tantum* (um incidente processual), pois o provimento judicial principal é o reconhecimento do direito pleiteado pela parte, derivado do reconhecimento da inaplicabilidade da lei àquele caso<sup>91</sup>.

### 3.3.3 O SISTEMA DE FISCALIZAÇÃO AUSTRIACO - MISTO

O terceiro modelo, assentado na fiscalização *concentrada* em tribunal constitucional, consiste em uma junção do modelo político e de alguns elementos do modelo judicialista. Assim se afirma pelo fato de o Tribunal em apreço “ostentar características de órgão jurisdicional, mas não ser um tribunal como os outros – antes de mais, pela sua composição e pelo modo de recrutamento dos juízes<sup>92</sup>”:

Mais correto afigura-se – quer a nível de conceitos, quer a nível de experiência – defini-lo como um *tertium genus*, entender que se trata de um tribunal em que se esgota uma ordem de jurisdição diferente tanto da dos tribunais judiciais como da dos tribunais administrativos, de um tribunal com competência especializada no campo do direito constitucional<sup>93</sup>.

Neste sistema eminentemente concentrado, cabe a um único órgão ou a um número limitado e predeterminado de órgãos a tarefa de exercer a fiscalização de constitucionalidade. Geralmente exercido por Cortes Constitucionais, este modelo é relacionado ao nome de Hans Kelsen, que o concebeu para ser aplicado na Constituição Austríaca de 1920.

Luís Roberto Barroso afirma ter o controle concentrado se desenvolvido nos países continentais europeus, não seguidores da tradição do *common law*, não só pelas convicções doutrinárias de Kelsen, mas também por outras razões fático-jurídicas.

Uma destas é a existência de vinculação, no sistema de *stare decisis* estadunidense,

---

<sup>90</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Ibidem*, p. 46.

<sup>91</sup> *Idem*, *Ibidem*, p. 382.

<sup>92</sup> *Idem*, *Ibidem*, p. 383.

<sup>93</sup> *Idem*, *Ibidem*, p.383.

pelos órgãos judiciais inferiores aos julgados de um tribunal superior. Na Suprema Corte americana, portanto, a declaração de inconstitucionalidade de um caso concreto possui efeitos *erga omnes*, ou seja, acarreta a não aplicação daquela lei em todos os outros casos, porque todos os tribunais subordinam-se à decisão “superior” proferida<sup>94</sup>.

Dado o fato de a doutrina europeia não acreditar ser o juízo de constitucionalidade função natural à competência judicial, via-se necessária a criação de um tribunal específico, competente para executar tais tarefas. “E vem daí o segundo fundamento para a decisão de se criar um órgão que não integrasse a estrutura do Poder Judiciário: o tribunal constitucional não deveria ser composto por juízes de carreira, mas por pessoas com perfil mais próximo ao de homens de Estado<sup>95</sup>”. Nesta concepção, caberia aos magistrados tão somente a função negativa de fiscalização, quando acionados, e com efeitos *inter partes*.

Outrossim, este modelo foi estruturado para exercer uma fiscalização abstrata, ou seja, na qual o controle instaurado possuiria o intuito de resolver diretamente sobre a (in)constitucionalidade de determinado dispositivo, a fim de proteger o ordenamento jurídico, e não interesses individuais. É o que a doutrina denomina de fiscalização principal – acionada por razão da inconstitucionalidade, e não pela motivação da tutela subjetiva – e por via de ação – em oposição ao incidente arguido na demanda principal, no controle por via *incidenter tantum*.

O modelo austríaco, entretanto, também intervém de modo concreto, “mediante a subida obrigatória de incidentes de inconstitucionalidade provenientes de quaisquer tribunais<sup>96</sup>”, no que se convencionou chamar de elevação da causa *per saltum*, espécie de avocação provocada, com a finalidade de que a Suprema Corte dirima a questão constitucional suscitada e depois reconduza a demanda ao tribunal de origem para ser apreciado o mérito.

Neste viés, a criação de tribunais constitucionais favorece precisamente o modelo concentrado de controle de constitucionalidade. Assim se afirma por poder o órgão jurisdicional com função específica de guarda da Constituição – de formação, em geral, apartada da estrutura ordinária do Poder Judiciário – negar eficácia à norma que declarar inconstitucional com efeitos *erga omnes*. Estes, por si mesmos, alavancam a supremacia do controle concentrado em detrimento do sistema difuso.

Ademais, esta concentração em tribunal constitucional concede a ele poderes gerais de

---

<sup>94</sup> BARROSO, Luís Roberto, *Ibidem*, p. 48.

<sup>95</sup> BARROSO, Luís Roberto, *Ibidem*, p. 48.

<sup>96</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 48.

legislador negativo – à medida que o tribunal máximo não cria a norma, mas a suprime.

Gilmar Mendes confirma esta corrente:

Afigura-se inquestionável a ampla predominância do controle judicial de constitucionalidade e, particularmente, do modelo de controle concentrado. Cuida-se mesmo de uma nova divisão de poderes com a instituição de uma Corte com nítido poder normativo e cujas decisões têm o atributo da definitividade.<sup>97</sup>

Esta característica do modelo austríaco é um dos motivos, segundo o constitucionalista brasileiro, capazes de explicar a evidência do Supremo Tribunal Federal no nosso País e a consequente soberania do sistema concentrado, assunto que será debatido nas próximas seções.

### 3.4 O SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

De antemão, assinala-se ter o sistema de fiscalização constitucional no Brasil sofrido, na concepção de Gilmar Mendes, “substancial reforma com o advento da Constituição de 1988<sup>98</sup>”:

Embora o novo texto constitucional tenha preservado o modelo tradicional de controle de constitucionalidade “incidental” ou “difuso”, é certo que a adoção de outros instrumentos, como o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de segurança coletivo e, sobretudo, a ação direta de inconstitucionalidade, conferiu um novo perfil ao nosso sistema de controle de constitucionalidade<sup>99</sup>.

Antes de se dissertar sobre o atual modelo de controle de constitucionalidade no Brasil, será feita uma breve análise da sua evolução histórica – afastada de pretensões exaustivas – com a finalidade de constatar o desenvolvimento (ou não) dos sistemas de fiscalização constitucional.

#### 3.4.1 Histórico do Controle de Constitucionalidade no Brasil Previamente à Constituição de 1988

A Constituição Imperial, de 1824, amplamente inspirada na ideia do Poder Moderador<sup>100</sup>, nada dispunha sobre o controle de constitucionalidade. O parlamento era o “guardião” da Constituição e o intérprete da lei, já que o Poder Judiciário tinha diminuídas suas atribuições à

<sup>97</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1131.

<sup>98</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Ibidem*, p. 1131.

<sup>99</sup> *Idem*, *Ibidem*, p. 1131.

<sup>100</sup> O art. 10 da Constituição Política do Imperio do Brazil, de 25 de março de 1824, dispunha, textualmente: Art. 10. Os Poderes Politicos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial. BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Imperio do Brazil. Brasília, DF: Senado Federal.

simples aplicação da norma. Os atos do parlamento, deste modo, em função do Poder Moderador, estavam sujeitos à sanção do Imperador<sup>101</sup>.

Os primeiros contornos de controle de constitucionalidade delinearam-se na primeira Constituição Republicana, de 1891<sup>102</sup>, mais precisamente na chamada Constituição Provisória de 1890. Dispunha o art. 3º do Decreto n. 848, de 11-10-1890, que a magistratura federal poderia intervir para guardar a aplicação da Constituição. Segundo Gilmar Mendes, este artigo consagra o sistema de controle por via de exceção, instituído por meio de um julgamento incidental da inconstitucionalidade<sup>103</sup>.

Reinaldo Pereira e Silva afirma ter sido este o embrião do controle difuso de constitucionalidade em cenário tupiniquim, modelo similar ao norte-americano. Caberia ainda, consoante o autor, ao Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso, a decisão última, com efeitos *inter partes*, sobre a (in)constitucionalidade de leis e atos de governo<sup>104</sup>.

Rui Barbosa destacou a instituição do controle de constitucionalidade pela primeira Constituição Republicana:

A redação é claríssima. Nela se reconhece, não só a competência das justiças da União, como a das justiças dos Estados, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Somente se estabelece, a favor das leis federais, a garantia de que, sendo contrária à subsistência delas a decisão do tribunal do Estado, o feito pode passar, por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Este ou revogará a sentença, por não procederem as razões de nulidade, ou a confirmará por motivo oposto. Mas, numa ou noutra hipótese, o princípio fundamental é a autoridade reconhecida expressamente no texto constitucional, a todos os tribunais, federais, ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União, ou aplicá-las, ou desaplicá-las, segundo esse critério. É o que se dá, por efeito do espírito do sistema, nos Estados Unidos, onde a letra constitucional, diversamente do que ocorre entre nós, é muda a este propósito<sup>105</sup>.

A Constituição de 1934 aperfeiçoou o sistema difuso da supremacia constitucional “e foi introduzido um caso específico de controle por via principal e concentrado, de competência do Supremo Tribunal Federal: a denominada representação interventiva<sup>106</sup>”. Esta última tratava-se da submissão para análise ao Supremo Tribunal Federal, mediante provocação do Procurador-Geral da República – de lei que decretasse a intervenção federal por violação de um dos princípios

---

<sup>101</sup> SILVA, Reinaldo Pereira e. **O Controle de Constitucionalidade das Omissões Administrativas por Via de Ação Direta**. Revista dos Tribunais 885, julho de 2009, p. 73.

<sup>102</sup> BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1891.

<sup>103</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Ibidem, p. 1132.

<sup>104</sup> SILVA, Reinaldo Pereira e. Ibidem, p. 74.

<sup>105</sup> BARBOSA, Rui. **Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo**, in *Trabalhos jurídicos*, Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962, p. 54-55.

<sup>106</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4ª Ed., Saraiva, p. 63.

constitucionais de observância pelos Estados-membros.

Também foi prevista a suspensão pelo Senado Federal da lei ou ato declarado inconstitucional, medida que garantia efeitos *erga omnes* às decisões que teriam efeitos apenas *inter partes*<sup>107</sup>.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937 manteve o controle de constitucionalidade difuso, nos mesmos moldes das Constituições anteriores, ao dispor que “Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República”<sup>108</sup>. Representou um retrocesso, entretanto, ao criar limitações ao exercício deste controle difuso, no próprio parágrafo único do dispositivo suscitado: criou-se a possibilidade de reapreciação, pelo parlamento, de lei declarada inconstitucional, quando esta declaração de inconstitucionalidade pudesse representar, a juízo do Presidente da República, perigo ao bem-estar do povo ou à defesa de interesse nacional de alta monta<sup>109</sup>.

A próxima Constituição a trazer renovação ao sistema de fiscalização constitucional foi a de 1946, responsável por restaurar a ideia do Supremo Tribunal Federal como guardião último da supremacia constitucional<sup>110</sup>. Ainda na sua vigência, pela Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965, foi instituída a primeira espécie de ação direta de inconstitucionalidade<sup>111</sup>. A partir daí, passou a ser de competência do STF declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal e estadual, mediante provocação restrita do Procurador-Geral da República<sup>112</sup>.

Na Constituição de 1967 não houve “grandes inovações ao sistema de controle de

---

<sup>107</sup> Art 91 - Compete ao Senado Federal: IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário; *in* BRASIL. Constituição (1934). Constituição [da] Republica dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

<sup>108</sup> Art. 96 da Constituição dos Estados Unidos do Brasil. *in* BRASIL. Constituição (1937) Constituição [da] República dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

<sup>109</sup> Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal. *in* BRASIL. Constituição (1937) Constituição [da] República dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

<sup>110</sup> BRASIL. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1946.

<sup>111</sup> SILVA, Reinaldo Pereira e. *Ibidem*, p. 77.

<sup>112</sup> Art 8º - A intervenção será decretada por lei federal nos casos dos nº s VI e VII do artigo anterior. Parágrafo único - No caso do nº VII, o ato argüido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarar, será decretada a intervenção. *in* BRASIL. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

constitucionalidade. Manteve-se incólume o controle difuso<sup>113</sup> e a ação direta de inconstitucionalidade persistiu<sup>114</sup>. Em suma, foram mantidos o controle difuso, instituído na Constituição de 1891, e o controle concentrado, inaugurado na Constituição de 1946 (na redação dada pela emenda n. 16/1965)<sup>115</sup>.

Tais características fundamentam o sistema brasileiro como misto, assim caracterizado, na ótica de Luís Roberto Barroso, por combinar “o controle *por via incidental e difuso* (sistema americano), que vinha desde o início da República, com o controle *por via principal e concentrado*, implantado com a EC n. 16/65 (sistema continental europeu)<sup>116</sup>”.

### 3.4.2 O Controle de Constitucionalidade na “Constituição Cidadã” – 1988

A Constituição de 1988 conservou o sistema misto proveniente das outras Cartas Constitucionais e erigiu o *habeas corpus* “como instrumento processual destinado a proteger o indivíduo contra atos arbitrários do Poder Público que impliquem restrições ao direito de ir e vir (art. 5º LXVIII)<sup>117</sup>”, ao lado do mandado de segurança, existente na ordem jurídica nacional desde 1934. Além destes e do *habeas data* – destinado à garantia do direito de autodeterminação sobre informações – criou o mandado de injunção, remédio constitucional utilizado contra omissão de órgão que possua poder normativo, desde que haja impedimento ao exercício de direito constitucionalmente assegurado (art. 5º, LXXI<sup>118</sup>).

A Constituição Federal de 1988, na concepção de Luís Roberto Barroso, trouxe um conjunto amplo de inovações, tais quais: a) a ampliação da legitimação ativa para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade (art. 103); b) a instituição de ação direta de inconstitucionalidade em âmbito estadual – representação de inconstitucionalidade (art. 125, §2º); c) a criação de um sistema de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) – art.

---

<sup>113</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1142.

<sup>114</sup> Art 111 - Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público. Art 114 - Compete ao Supremo Tribunal Federal: I - processar e julgar originariamente: b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; *in* BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

<sup>115</sup> SILVA, Reinaldo Pereira e. *Ibidem*, p. 78.

<sup>116</sup> BARROSO, Luís Roberto, *Ibidem*, p. 64.

<sup>117</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Ibidem*, p. 1150.

<sup>118</sup> Art. 5º, LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; *in* BRASIL. Constituição (1988).



102, §1º<sup>119</sup>.

O controle de constitucionalidade por ação – ou seja, o chamado controle principal – foi contemplado pela possibilidade de julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, quando fossem guerreadas leis ou atos normativos, tanto de origem federal quanto estadual, em face da Constituição Federal (art. 102, I, *a*<sup>120</sup>); ou pelo Tribunal de Justiça do Estado, caso fosse alvo de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (art. 125, §2º<sup>121</sup>).

Merece atenção o alargamento da legitimidade ativa para proposição das ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) e ação declaratória de constitucionalidade (ADC). A partir da promulgação da Constituição atual, o controle de constitucionalidade por via principal pode ser provocado pelos entes dispostos no art. 103 da Constituição Federal, a saber, o Presidente da República, as Mesas do Senado, da Câmara dos Deputados e das Assembleias Legislativas, o Governador do Estado, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional e, finalmente, o Procurador-Geral da República, anteriormente o único legitimado à deflagração do controle de constitucionalidade concentrado.

Gilmar Ferreira Mendes afirma que a introdução deste sistema de controle abstrato de normas de ampla legitimação – sendo diferentes órgãos da sociedade competentes para propor a ação – objetivou a correção do sistema geral incidente; este sofreu uma redução drástica na seara da fiscalização constitucional. O *porém* desta extensão à legitimação de propositura a diferentes órgãos consistiu no aumento excessivo da competência do STF, à medida que se tornou possível “submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal<sup>122</sup>”, mudanças suficientes, consoante explicitou o jurista, para modificar o controle de constitucionalidade até então vigente em nosso País:

O monopólio de ação outorgado ao Procurador-Geral da República no sistema de 1967/69 não provocou alteração profunda no modelo incidente ou difuso. Este continuou predominante, integrando-se a representação de inconstitucionalidade a ele como um elemento ancilar, que contribuía muito pouco para. diferenciá-lo dos demais sistemas

<sup>119</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Ibidem*, p. 65.

<sup>120</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; *in* BRASIL. Constituição (1988).

<sup>121</sup> Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 2º - Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão. *in* BRASIL. Constituição (1988).

<sup>122</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Ibidem*, p. 1156.

“difusos” ou “incidentes” de controle de constitucionalidade<sup>123</sup>.

Luís Roberto Barroso atesta, portanto, existir atualmente no Brasil um controle misto de fiscalização constitucional, dividido entre o controle incidental, “exercido de modo difuso por todos os juízes e tribunais<sup>124</sup>”, e o controle principal, por via de ação direta, “de competência concentrada no Supremo Tribunal Federal<sup>125</sup>”.

Em suma, o controle concentrado e principal, no Brasil, dá-se por intermédio: a) da ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, a); b) da ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a)<sup>126</sup>; c) da ação direta interventiva (art. 36, III)<sup>127</sup>; d) da arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º)<sup>128</sup>; e, por fim, e) da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º).

Estes dispositivos (artigos 102 e 103 da CF), ambos de eficácia limitada, deram azo à promulgação da Lei 9.868/1999, que regulamentou o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Por sua vez, a Lei 9.882/1999 dispôs sobre a ADPF e sacramentou sua natureza subsidiária, ou seja, aplicável apenas quando não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade.

No que tange à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a ela será destinado um espaço próprio neste capítulo, com o intuito de promover as primeiras considerações a respeito do instituto – que também figurará como objeto de estudo no terceiro capítulo. Primeiro, entretanto, será feito um exame geral do controle de constitucionalidade por omissão.

---

<sup>123</sup> Idem, Ibidem, p. 1156.

<sup>124</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4ª Ed., Saraiva, p. 67.

<sup>125</sup> Idem, Ibidem, p. 67.

<sup>126</sup> Importante ressaltar que o texto original da Constituição de 1988 não previa a ação declaratória de constitucionalidade, mas somente a ação direta de inconstitucionalidade. Por isso se diz ter sido o controle abstrato de normas disposto no texto original aperfeiçoado com a criação, pela Emenda Constitucional n.3, de 18-3-1993, da ação declaratória de constitucionalidade – que posteriormente foi repaginada pelas mudanças efetuadas pela emenda 45/2004. Frise-se serem as decisões de ADI e de ADC vinculantes aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, com fulcro no §2º do art. 102 da CF: § 2 As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

<sup>127</sup> Art. 36. A decretação da intervenção dependerá: III de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal. *In* BRASIL. Constituição (1988).

<sup>128</sup> Art. 102, § 1.º: A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. *In* BRASIL. Constituição (1988).

### 3.5 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR CONDUTA OMISSIVA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Para concretizar seus objetivos programáticos, a normatividade prevista na Lei Maior não pode se valer apenas de sistemas de fiscalização constitucional por conduta comissiva. A efetivação da Constituição não se alcança, pois, apenas com impugnações de leis ou atos normativos federais ou estaduais quando colidentes com o disposto na Lei Maior – objeto da ação direta de inconstitucionalidade<sup>129</sup>.

Ciente da ampla possibilidade de impedimento à concretização das matérias dispostas na futura Constituição pelo *non facere* estatal, a assembleia constituinte, de feição compromissória e programática, buscou criar sistemas que alavancassem a efetividade do que viria a ser prometido no texto promulgado em 1988. Para isso, lançou mão do mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI) e da modalidade de ação direta de inconstitucionalidade por conduta omissiva.

O dispositivo introduzido na Constituição atual a respeito da ação direta de inconstitucionalidade por conduta omissiva foi o parágrafo segundo do artigo 103 do texto magno, que prescreveu a possibilidade de ajuizamento desta espécie de demanda. Vê-se ter o *caput* da aludida norma disposto somente sobre a ação direta de inconstitucionalidade “genérica” e sobre a ação declaratória de constitucionalidade:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

[...]

§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias<sup>130</sup>.

Com base no texto comentado, positiva-se a omissão inconstitucional como objeto da ação direta de inconstitucionalidade. Esta omissão, conforme se depreende, pode ocorrer no âmbito normativo e na esfera administrativa.

Frise-se que a omissão normativa das medidas com o intuito de “tornar efetiva norma constitucional” podem ser atribuídas precipuamente ao Poder Legislativo, mas também ao Poder Executivo, quando este se valer da sua função atípica de legislar, ao buscar exemplo nas atribuições

---

<sup>129</sup> SILVA, Reinaldo Pereira e. **O Controle de Constitucionalidade das Omissões Administrativas por Via de Ação Direta**. Revista dos Tribunais 885, julho de 2009, p. 85-91.

<sup>130</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

do Presidente da República, na edição de lei delegada – art. 68 da CF<sup>131</sup>; na propositura de emendas constitucionais, por se tratar, neste caso, de processo legislativo – art. 60<sup>132</sup>; na expedição de decretos regulamentares para buscar a fiel execução das leis – art. 84, inciso IV<sup>133</sup>; e, por fim, na edição de medidas provisórias, que, apesar de não serem formalmente consideradas leis, possuem força como tal – art. 62<sup>134</sup>.

Luís Roberto Barroso afirma terem as Constituições anteriores falhado nestas tarefas, resumindo-se a “proclamar o que não era verdade e de prometer o que não seria cumprido<sup>135</sup>”, inadimplementos estatais justificados justamente na omissão dos Poderes Públicos em cumprir as normas constitucionais:

A experiência constitucional brasileira, da Independência até o início da vigência da Constituição de 1988, é uma crônica da distância entre intenção e gesto, do desencontro entre norma e realidade. A marca da falta de efetividade, impulsionada pela insinceridade normativa, acompanhou o constitucionalismo brasileiro pelas décadas afora, desde a promessa de igualdade de todos na lei, feita pela Carta imperial de 1824 – a do regime escravocrata -, até a garantia a todos os trabalhadores do direito a colônia de férias e clínicas de repouso, constante da Carta de 1969 – a do regime militar<sup>136</sup>.

O ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello é profundamente didático ao afirmar a possibilidade de comprometimento à eficácia e integridade da Constituição “por efeito de violação negativa do estatuto constitucional, motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público<sup>137</sup>”, como se vê na decisão no julgamento da ADI n. 1.458-7, do Distrito Federal, de sua relatoria:

DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.

- **O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental.** A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um ‘facere’ (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.

- **Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis,**

<sup>131</sup> Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. *In* BRASIL. Constituição (1988).

<sup>132</sup> Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: II - do Presidente da República; *In* BRASIL. Constituição (1988).

<sup>133</sup> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; *In* BRASIL. Constituição (1988).

<sup>134</sup> Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. *In* BRASIL. Constituição (1988).

<sup>135</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Ibidem*, p. 247.

<sup>136</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Ibidem*, p. 247.

<sup>137</sup> STF, *DJU*, RE 482.611/SC, rel. Min. Celso de Mello, j. em 23-3-2010, Decisão Monocrática.

abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, **incidirá em violação negativa do texto constitucional**. Desse ‘non facere’ ou ‘non praestare’, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. (sem grifo no original)

As omissões inconstitucionais consistem, na ótica de Reinaldo Pereira e Silva, na inércia injustificável do órgão ou da autoridade competente para agir, diante de uma imposição constitucional de conduta comissiva, positiva<sup>138</sup>. Ou seja, trata-se de um *non praestare* da Administração Pública num momento em que se espera conduta diversa, até diametralmente oposta, diante da existência de imposição constitucional para que assim aja. De acordo com este pensamento, requer-se, ademais, a real possibilidade de proceder do modo exposto, falando-se, aqui, do sopesamento entre a necessidade de o Estado prover o constitucionalmente requisitado e as suas hipotéticas limitações econômico-sociais à prestação da imposição<sup>139</sup>.

Para Anna Cândida da Cunha Ferraz, a omissão inconstitucional implica mutação constitucional:

A inércia dos órgãos estatais, que deixam de exercer a obrigação de emanar normas, determinada em preceitos constitucionais, traduz verdadeiro processo informal de mudança da Constituição. Configura inegável processo de mudança constitucional; embora não altere a letra constitucional, altera-lhe o alcance, na medida em que paralisa a aplicação constitucional. Tal paralisação, não desejada ou prevista pelo constituinte, é de ser tida como inconstitucional. (...) Como modalidade de mutação a inércia é processo pernicioso, que acarreta consequências desastrosas à vida constitucional dos Estados<sup>140</sup>.

Na esfera das modalidades de omissões, podem existir aquelas ofensivas à Constituição por meio da não concretização das disposições constitucionais pela ausência de legislação – espécie do gênero omissões normativas – e aquelas provenientes da inércia relevante do Estado no uso das funções de administrador público – omissões não normativas.

O ministro Eros Grau é clarividente ao assinalar os objetos do controle de constitucionalidade concentrado:

Estão sujeitos ao controle de constitucionalidade concentrado os atos normativos, expressões da função normativa, cujas espécies compreendem a função regulamentar (do Executivo), a função regimental (do Judiciário) e a função legislativa (do Legislativo).

<sup>138</sup> SILVA, Reinaldo Pereira e. **O Controle de Constitucionalidade das Omissões Administrativas por Via de Ação Direta**. Revista dos Tribunais 885, julho de 2009, p. 88.

<sup>139</sup> Jorge Pereira da Silva, na obra **Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas** (Lisboa: Ed. Universidade Católica, 2003, p. 11-12), fala do “velho princípio jurídico segundo o qual *ultra posse nemo obligatur* ou *ad impossibilia Nemo tenetur*”, no sentido de que “as contingências da realidade econômica e social podem tolher a capacidade de atuação [dos órgãos estatais]”.

<sup>140</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de Mudança na Constituição**, São Paulo, ed. Max Limonad, 1986, p. 217-218.

Os decretos que veiculam ato normativo também devem sujeitar -se ao controle de constitucionalidade exercido pelo STF. **O Poder Legislativo não detém o monopólio da função normativa, mas apenas de uma parcela dela, a função legislativa**<sup>141</sup>. (sem grifos no original)

As omissões legislativas perfazem-se, em apertada síntese, quando “o legislador não cumpre o dever constitucional de emanar normas, destinadas a atuar as imposições constitucionais permanentes e concretas<sup>142</sup>”. Em outras palavras, esta espécie resume-se na violação, por ato omissivo, do dever imposto constitucionalmente de atuar concretamente.

Gilmar Ferreira Mendes elucida a questão da necessidade de agir do órgão legislativo:

A concretização da ordem fundamental estabelecida na Constituição de 1988 carece, nas linhas essenciais, de lei. Compete às instâncias políticas e, precipuamente, ao legislador, a tarefa de construção do Estado constitucional. Como a Constituição não basta em si mesma, têm os órgãos legislativos o poder e o dever de emprestar conformação à realidade social. A omissão legislativa constitui, portanto, objeto fundamental da ação direta de inconstitucionalidade por omissão<sup>143</sup>.

O *non facere* de índole administrativa traduz-se, para Reinaldo Pereira e Silva, em “um novo expediente de esvaziamento do significado das imposições constitucionais<sup>144</sup>”, proporcionado pelo “declínio da influência do parlamento sobre os resultados da política<sup>145</sup>”. Explica-se: a nova teoria é responsável pelo abandono da compreensão que se refere aos atos administrativos como imediatamente executáveis pelas autoridades administrativas, mesmo quando houver lei o prescrevendo; reconhece, distintamente, um longo caminho entre a ordem de estatuir o disposto na lei e a adoção da medida pelo ente competente para tal<sup>146</sup>.

Apesar de demonstrar certo ceticismo a respeito do instituto<sup>147</sup>, Gilmar Mendes afirma ter a exegese do disposto no art. 103, § 2º, da Constituição, sugerido a adoção da omissão administrativa como objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, “uma vez que ali

---

<sup>141</sup> STF, *DJU*, ADI 2.950-AgR, Rel. p/ o ac. Min. Eros Grau, j. em 6-10-2004, Tribunal Pleno.

<sup>142</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**; Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, p. 79.

<sup>143</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1332.

<sup>144</sup> SILVA, Reinaldo Pereira e. **O Controle de Constitucionalidade das Omissões Administrativas por Via de Ação Direta**. Revista dos Tribunais 885, julho de 2009, p. 95.

<sup>145</sup> SILVA, Reinaldo Pereira e. *Ibidem*, p. 96.

<sup>146</sup> *Idem*, *Ibidem*, p. 96.

<sup>147</sup> O autor profere as seguintes afirmações, na p. 1342 da obra já citada: “Por força do próprio princípio do Estado de Direito e dos seus postulados básicos – o princípio da legalidade da Administração –, é difícil imaginar ato administrativo indispensável, primariamente para tornar efetiva norma constitucional. Até mesmo as medidas estatais de índole organizatória, que, na moderna dogmática dos Direitos Fundamentais, são abrangidas pela ampla designação de “direito à organização e ao processo” (*Recht auf Organization und auf Verfahren*), pressupõem a existência de lei autorizadora”.

se refere a ‘medidas’, ‘providências necessárias’ e a ‘órgãos administrativos’<sup>148</sup>.”

### 3.5.1 O Mandado de Injunção

O mandado de injunção faz parte do rol das ações constitucionais, e está prescrito no inciso LXXI do art. 5º da Constituição Federal, abaixo transcrito em seu inteiro teor:

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania<sup>149</sup>;

O mandado de injunção pode ser entendido como um instrumento de controle difuso tencionado a tutelar *concretamente* a omissão, individual ou coletivamente, quando da inexistência de norma que ampare determinada hipótese.

Luís Roberto Barroso, antes da mudança de entendimento da Suprema Corte, apresentou uma postura crítica a respeito do instituto, descrevendo-o como “*o que foi sem nunca ter sido*”<sup>150</sup>:

Decorridos muitos anos de vigência da Constituição de 1988, o mandado de injunção ainda não havia sido regulamentado pela legislação infraconstitucional. E, inegavelmente, jamais atendeu de modo significativo às expectativas criadas com sua instituição. A principal causa de tal frustração de propósitos tem sido identificada na posição excessivamente restritiva adotada pelo Supremo Tribunal Federal em relação ao conteúdo e alcance dessa nova ação constitucional. A posterior atenuação da jurisprudência da Corte não foi suficiente para dar-lhe um papel relevante no sistema<sup>151</sup>.

O objeto primordial deste *writ*, definido pela assembleia nacional constituinte promulgadora da Constituição atual, é “a proteção de quaisquer direitos e liberdades constitucionais, individuais ou coletivos, de pessoa física ou jurídica, e de franquias relativas à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania<sup>152</sup>”. Frisa-se: tal objeto cinge-se às garantias fundamentais constitucionalmente especificadas na Carta Magna – ou, por simetria, pelo texto das Constituições Estaduais<sup>153</sup>.

---

<sup>148</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1342.

<sup>149</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

<sup>150</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Mandado de injunção**: o que foi sem nunca ter sido. Uma proposta de reformulação, in Carlos Alberto Menezes Direito (org.), *Estudos em homenagem ao Prof. Caio Tácito*, 1997, p. 429.

<sup>151</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4ª Ed., Saraiva, p. 132.

<sup>152</sup> MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 32. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 287.

<sup>153</sup> Na lavra do Professor e Desembargador José Carlos Barbosa Moreira, “é admissível mandado de injunção seja qual for o texto constitucional, federal ou estadual, que proveja o direito cujo exercício depende de norma regulamentadora ainda não editada” (TJRJ, *DORJ*, 29. Abr. 1991, MI 6/90, rel. Des. Barbosa Moreira).

Sua finalidade, no entendimento de Gilmar Mendes, é a de possibilitar a fruição destes direitos, antes obstaculizados pela inércia do Poder Público, na expedição da norma que poderia ser aplicável, caso existisse, àquele determinado caso concreto. Seus pressupostos são a existência de um direito constitucional, relacionado às matérias elencadas no inciso LXXI e, principalmente, a inexistência de norma regulamentadora impeditiva ou prejudicial à fruição do direito pleiteado<sup>154</sup>.

Ressalta-se, neste viés, não ser cabível o mandado de injunção para discussão de constitucionalidade, ilegalidade ou descumprimento de norma em vigor, pois é requisito de sua admissibilidade a inexistência de norma regulamentadora<sup>155</sup>; tampouco se preenche os requisitos quando houver norma considerada, pelo impetrante, insuficiente para regular a questão<sup>156</sup>.

### 3.5.1.1 A reviravolta na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

A Suprema Corte brasileira filiou-se, num primeiro momento, à orientação de que o mandado de injunção objetivava “estimular a produção da norma pelo órgão competente<sup>157</sup>”, e não suprir, pela via judicial, a norma faltante.

A decisão desta ação constitucional deveria ter – segundo a jurisprudência dominante do STF nos primeiros anos após a promulgação da Constituição – caráter *mandamental*, pois caberia ao Poder Judiciário, tão somente, dar ciência da mora ao órgão omissor, a fim de que este adotasse as providências cabíveis.

O voto do Ministro Celso de Mello no MI 191-0, do Estado do Rio de Janeiro, é claro no tocante à natureza que deveria ser extraída do mandado de injunção<sup>158</sup>:

Com efeito, esse novo *writ* não se destina a construir direito novo, nem a ensejar ao Poder

---

<sup>154</sup> MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. Ibidem, p. 289.

<sup>155</sup> “Se a causa de pedir da ação repousa sobre a suposta inconstitucionalidade de norma regulamentadora, e não na sua inexistência, inviável o uso do mandado de injunção, pois ausente seu pressuposto processual de admissibilidade, conforme disposto no art. 5º, LXXI, da CF. (Plenário do STF, AgRgMI n. 609-1-RJ, Rel. Min. Octávio Gallotti, RT 785/153)”.

<sup>156</sup> Quando a parte pretender a substituição da norma vigente por outra mais benéfica, houve manifestação por parte do Pleno do STF no sentido de que tais casos não são suficientes para configurar a omissão legislativa ensejadora da impetração do mandado de injunção (vide AgRgMI n. 751-9-DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski (RT 869/161).

<sup>157</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4ª Ed., Saraiva, p. 137.

<sup>158</sup> O Ministro Marco Aurélio também proferiu decisão no mesmo sentido, no MI 284-DF, de sua relatoria: “O caráter essencialmente mandamental da ação injuncional – consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – impõe que se defina, como passivamente legitimado *ad causam*, na relação processual instaurada, o órgão público inadimplente, em situação de inércia constitucional, ao qual é imputável a omissão inviabilizadora do exercício de direito, liberdade e prerrogativa de índole constitucional (STF, RTJ, 139: 712, 1992, MI 284-DF, rel. Min. Marco Aurélio).



Judiciário o anômalo desempenho de funções normativas que lhe são institucionalmente estranhas. O mandado de injunção não é o sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes. Não legitima, por isso mesmo, a veiculação de provimentos normativos que se destinem a substituir a faltante norma regulamentadora sujeita a competência, não exercida, dos órgãos públicos. O STF não se substitui ao legislador ou ao administrador que se hajam absterido de exercer a sua competência normatizadora. A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico impõe ao Judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional do poder<sup>159</sup>.

Neste norte, perante o entendimento majoritário daqueles idos, a confecção incidental de norma pelo magistrado não se coadunava com o princípio da separação dos poderes. Por este motivo, a decisão do mandado de injunção deveria conter tão somente “uma declaração, pelo Poder Judiciário, da ocorrência de omissão inconstitucional, a ser comunicada ao órgão legislativo inadimplente para que promova a integração normativa do dispositivo constitucional nela objetivado<sup>160</sup>”.

Tal tese perfilhada pela Suprema Corte equiparava o remédio constitucional em estudo à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, pois os efeitos da decisão de ambos seriam equivalentes: comunicar o órgão omissor da sua própria mora.

*Case* que pode ser entendido, na concepção de Gilmar Mendes<sup>161</sup>, como paradigmático para expressar a mudança de jurisprudência da corte foi o MI 232-1, do Rio de Janeiro. A decisão, de 1991, de relatoria do Ministro Moreira Alves, tratou da isenção prevista no parágrafo 7º do artigo 195 da Constituição, prevista nos seguintes termos:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais.

[...]

§ 7º - São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social **que atendam às exigências estabelecidas em lei**.

Pela inexistência de lei estabelecendo as condições de isenção de contribuição para a seguridade social das entidades beneficentes de assistência social, o STF decidiu não somente declarar a mora do Congresso Nacional na regulamentação daquela norma de eficácia limitada (na definição de José Afonso da Silva); a Suprema Corte foi além: determinou o prazo de seis meses para a confecção, por parte do Congresso, da legislação prescrita, sob pena de que, vencido o prazo,

<sup>159</sup> STF, *DJU*, 1º fev. 1990, p. 280, MI 191-0-RJ, rel. Min. Celso de Mello.

<sup>160</sup> STF, *DJU*, MI n. 107-DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 20-11-1990, Tribunal Pleno.

<sup>161</sup> MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 32. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 295.

o impetrante gozasse automaticamente da imunidade disposta no preceito constitucional<sup>162</sup>.

A partir deste *leading case*, passou a existir uma inclinação de alguns integrantes da Corte para que os efeitos da decisão do mandado de injunção fossem passíveis de atender concretamente a pretensão do autor<sup>163</sup>.

A decisão mais emblemática foi proferida no julgamento do mandado de injunção n. 712, do Estado do Pará, de relatoria de Eros Grau. O remédio constitucional, impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará – SINJEP – tratou da ausência de legislação regulamentadora do exercício de greve pelo serviço público, previsto no inciso VII do artigo 37 da Constituição, outra norma de eficácia limitada:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte  
VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

Foi reclamada, pelos Ministros julgadores, atuação legislativa capaz de dar concreção ao comando positivado na Constituição Federal. Diante deste fato, a Corte reconheceu a omissão do Congresso Nacional e avocou para si a competência de decidir no sentido de suprir a omissão. Na subementa, inclusive, retorquiu não se prestar à Corte, “quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia<sup>164</sup>”.

---

<sup>162</sup> Eis a ementa da decisão suscitada: “Mandado de injunção. - Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no par. 7. do artigo 195 da Constituição Federal. - Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impoem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, par.7., da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida.” (MI 232-1, do Estado do Rio de Janeiro, rel. Ministro Moreira Alves, j. em 1-8-1991, Tribunal Pleno)

<sup>163</sup> Luís Roberto Barroso comenta na sua obra “O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro”, p. 146, os efeitos das decisões no mandado de injunção, na antiga interpretação do Supremo Tribunal Federal: “assim, de acordo com a interpretação da Suprema Corte, há dois remédios constitucionais para que seja dada ciência ao órgão omissor do Poder Público, e *nenhum* para que se componha, em via judicial, a violação do direito constitucional pleiteado”. 4ª Ed, Saraiva, São Paulo, 2009.

<sup>164</sup> Diante da sua extensão, transcreve-se apenas trecho da subementa da célebre decisão da Corte Constitucional Brasileira: “1. O acesso de entidades de classe à via do mandado de injunção coletivo é processualmente admissível, desde que legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano. 2. A Constituição do Brasil reconhece expressamente possam os servidores públicos civis exercer o direito de greve --- artigo 37, inciso VII. A Lei n. 7.783/89 dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, afirmado pelo artigo 9º da Constituição do Brasil. Ato normativo de início inaplicável aos servidores públicos civis. 3. O preceito veiculado pelo artigo 37, inciso VII, da CB/88 exige a edição de ato normativo que integre sua eficácia. Reclama-se, para fins de plena incidência do preceito, atuação legislativa que dê concreção ao comando positivado no texto da Constituição. 4. **Reconhecimento, por esta Corte, em diversas oportunidades, de omissão do Congresso Nacional no que respeita ao dever, que lhe incumbe, de dar concreção ao preceito constitucional.** Precedentes. 5. Diante de mora legislativa, cumpre ao

No item 14 da subementa, os Ministros sacramentaram a mudança de postura quanto aos efeitos da decisão no mandado de injunção, ao postularem estar o Poder Judiciário “vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico”. Assim o faz porque “não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tomar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos<sup>165</sup>”:

MANDADO DE INJUNÇÃO. ART. 5º, LXXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. **CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA VEICULADA PELO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.** LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL. GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL [ART. 9º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.783/89 À GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO ATÉ QUE SOBREVENHA LEI REGULAMENTADORA. **PARÂMETROS CONCERNENTES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELOS SERVIDORES PÚBLICOS DEFINIDOS POR ESTA CORTE.** CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO ANTERIOR QUANTO À SUBSTÂNCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE SOCIAL. **INSUBSISTÊNCIA DO ARGUMENTO SEGUNDO O QUAL DAR-SE-IA OFENSA À INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES [ART. 20 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL] E À SEPARAÇÃO DOS PODERES [art. 60, § 4º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. INCUMBE AO PODER JUDICIÁRIO PRODUZIR A NORMA SUFICIENTE PARA TORNAR VIÁVEL O EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS,** CONSAGRADO NO ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL<sup>166</sup>. (sem grifos no original)

Em mais um exemplo, no julgamento do mandado de injunção n. 384, de relatoria do Ministro Carlos Velloso, foi declarada a mora do Congresso Nacional que, não obstante cientificado pela Suprema Corte, quedou inerte na confecção da legislação imposta, *in casu*, pelo art. 8º, § 3º, do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias, de 1988. A persistência do Poder Legislativo na omissão, considerada inconstitucional pela Corte, ensejou, segundo os termos da decisão colegiada, o ajuizamento imediato de ação de reparação, “com fundamento no direito comum<sup>167</sup>”.

José Afonso da Silva<sup>168</sup> compartilha desta percepção de que deve o remédio constitucional em discussão incidir no caso concreto, e Gilmar Mendes evidencia “a possibilidade

---

Supremo Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem. **Esta Corte não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia.** 6. A greve, poder de fato, é a arma mais eficaz de que dispõem os trabalhadores visando à conquista de melhores condições de vida. Sua auto-aplicabilidade é inquestionável; trata-se de direito fundamental de caráter instrumental [...]” (MI 712-PA, rel. Min. Eros Grau, j. em 25-10-2007, Tribunal Pleno) (sem grifos no original)

<sup>165</sup> MI 712 PA, Rel. Min. Eros Grau, j. em 25-10-2007, Tribunal Pleno.

<sup>166</sup> MI 712 PA, Rel. Min. Eros Grau, j. em 25-10-2007, Tribunal Pleno.

<sup>167</sup> MI 384 RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 4-8-1993, Tribunal Pleno.

<sup>168</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 30ª Ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2008, p. 450.

de as decisões de mandado de injunção surtirem efeitos não somente em razão do interesse jurídico de seus impetrantes [mas também] para os demais casos que guardem similitude<sup>169</sup>”.

### 3.5.2 A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

A ação direta de inconstitucionalidade é gênero, do qual a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é espécie. Ou seja, “a declaração de inconstitucionalidade por omissão dá-se no âmbito da própria ação direta de inconstitucionalidade<sup>170</sup>”. Este fenômeno reforça a ideia de ser a jurisdição constitucional abstrata uma unidade, *in casu*, instituída pelo artigo 102 da Constituição:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)<sup>171</sup>.

Distinta, entretanto, pode ser a tutela jurisdicional pretendida, à medida que a defesa do ordenamento jurídico pode ser dar pela declaração da constitucionalidade de determinado dispositivo legislativo ou pelo reconhecimento de sua inconstitucionalidade. Esta pretensão jurisdicional existe tanto pela ação do Poder Público desconforme com a Constituição quanto pela omissão deste em agir em respeito às imposições constitucionais – concretas ou abstratas. A competência para processar e julgar, conforme se verifica, será originária do Supremo Tribunal Federal, quando se tratar de lei ou ato normativo federal ou estadual (em caso de ação direta de inconstitucionalidade) e de lei ou ato normativo federal – no caso de ação declaratória de constitucionalidade<sup>172</sup>.

---

<sup>169</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1375.

<sup>170</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4ª Ed., Saraiva, p. 252.

<sup>171</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

<sup>172</sup> Em relação à declaração de constitucionalidade das leis ou atos normativos estaduais, a via mais adequada de impugnação seria a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), conforme preceitua Gilmar Mendes, no seu Curso de Direito Constitucional, já citado nesta obra, p. 1268: “A ampliação do direito de propositura da ação direta e a criação da ação declaratória de constitucionalidade vieram reforçar o controle concentrado em detrimento do difuso. Não obstante, subsistiu um espaço residual expressivo para o controle difuso relativo às matérias não suscetíveis de exame no controle concentrado, tais como interpretação direta de cláusulas constitucionais pelos juízes e tribunais [...] direito municipal em face da Constituição”.

Isto se afirma pelo fato de que o Supremo Tribunal Federal não garantia, até outubro de 2008, autonomia processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão em relação à ação direta de inconstitucionalidade *genérica*, abarcando a lista numérica destas as ações diretas por conduta omissiva<sup>173</sup>.

Quanto a sua natureza, este *writ* integra modalidade do controle *abstrato* de constitucionalidade, visto que não possui o objeto primordial de defender específica relação jurídica, mas sim visa à defesa do ordenamento jurídico como em sua universalidade. Precisamente por não regular direitos individuais, recebe a denominação de processo objetivo, na nomenclatura utilizada pela Corte Constitucional Alemã<sup>174</sup> e adotada por Gilmar Ferreira Mendes:

Tal como a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), o processo de controle abstrato da omissão (ADO) não tem outro escopo senão o da defesa da ordem fundamental contra condutas com ela incompatíveis. Não se destina, pela própria índole, à proteção de situações individuais ou de relações subjetivadas, mas visa, precipuamente, à defesa da ordem jurídica. Não se pressupõe, portanto, aqui, a configuração de um interesse jurídico específico ou de um interesse de agir (...) afigura-se suficiente, portanto a configuração de um interesse público de controle. Tem-se aqui, pois, para usarmos a denominação usada por Triepel e adotada pela Corte Constitucional alemã, típico processo objetivo<sup>175</sup>.

No tocante à legitimação para agir, “podem propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão os legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade”, redação dada pela Lei n. 12.063/2009<sup>176</sup>, que incluiu o art. 12-A na Lei n. 9.868/99<sup>177</sup>.

Até a promulgação da legislação supracomentada – que, justamente, disciplinou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão no âmbito da lei 9.868/99 – havia certa discordância na doutrina e na jurisprudência pátria a respeito dos entes legitimados à propositura desta ação. Isto porque se afigurava (e se afigura) controversa a legitimidade ativa de determinados órgãos constitucionais à propositura da ADI por omissão, visto que “seriam eles os destinatários primeiros da ordem judicial de fazer, em caso da procedência da ação<sup>178</sup>”.

---

<sup>173</sup> Vide art. 102, I, *a*, da Constituição e resolução n. 230/2002 do Supremo Tribunal Federal.

<sup>174</sup> A Constituição de Weimar previa, em seu art. 13, § 2º, a aferição abstrata da validade de uma norma na relação entre o direito federal (*Reichsrecht*) e o direito estadual (*Landesrecht*). (in MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1330).

<sup>175</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Ibidem*, p. 1329.

<sup>176</sup> Acrescenta à Lei 9868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Promulgada em 27-11-2009.

<sup>177</sup> BRASIL. Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999. “Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.” **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, 11-11-1999.

<sup>178</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva,

O fato é que o dispositivo citado tornou assente o assunto da legitimação para agir, podendo ajuizar a ADI quaisquer dos entes dispostos no *caput* do art. 103<sup>179</sup> da Constituição – desde que haja interesse processual para tal, quando não se tratar dos legitimados ativos universais.

Explica-se: alguns órgãos estão incluídos no bojo dos chamados legitimados ativos universais, isto é, aqueles dispensados de demonstrar estarem diretamente afetados pela eventual omissão inconstitucional. São estes: o Presidente da República; as Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e os Partidos Políticos. Aos restantes – Mesa da Assembleia Legislativa, Governador de Estado e Confederações Sindicais ou entidades de classe no âmbito nacional – faz-se salutar a verificação da pertinência temática ou do interesse jurídico próprio na causa<sup>180</sup>, mesmo que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão faça parte de um processo de índole objetiva.

Irrefutável é a composição do polo passivo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão: o próprio órgão omissor, aquele que for diretamente responsável pelo descumprimento da imposição constitucional.

Em virtude de a apreciação do objeto desta ação direta contemplar elevado grau de debate (e também por ser um dos pilares do tema deste trabalho), dada a discordância generalizada na doutrina e jurisprudência acerca do tema, dedica-se a ela, para uma análise inicial, seção à parte.

### 3.5.2.1 Considerações iniciais sobre o objeto da ação direta de inconstitucionalidade por conduta omissiva

Primeiramente, destaca-se a divergência quanto à essência da omissão impugnada por via de ação direta.

Luís Roberto Barroso é partidário da ideia de que a omissão guerreada na esfera da ADI por conduta omissiva possui natureza tipicamente normativa, pois aduz serem as “omissões de

---

2012, p. 1331.

<sup>179</sup> Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa; V - o Governador de Estado; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; *in* BRASIL. Constituição (1988).

<sup>180</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4ª Ed., Saraiva, p. 255.

outras espécies atacáveis por mecanismos jurídicos diversos<sup>181</sup>”.

Neste entendimento, os efeitos da decisão do *writ* estudado recaem tão somente no plano normativo, ao ser imputado ao Poder Legislativo o dever de editar normas primárias; ao Poder Executivo a incumbência de expedição de atos secundários de caráter geral, tais como os regulamentos, instruções ou resoluções; e, finalmente, ao Poder Judiciário para que organize a sua estrutura funcional e elabore seus regimentos internos<sup>182</sup>, considerada a sua autonomia enquanto instituição, com fulcro no art. 99 da Constituição Federal<sup>183</sup>.

Para o autor, então, caso o sujeito passivo na ação seja um dos Poderes, “o pedido é limitado a que lhe seja dada *ciência* da ocorrência da omissão inconstitucional, para a adoção das providências necessárias<sup>184</sup>”; na conjuntura de ser a omissão imputada a órgão agindo nas atribuições da Administração Pública, “a decisão terá caráter de uma verdadeira *ordem*, cabendo a ele adotar as providências necessárias no prazo de trinta dias, sob pena de responsabilização<sup>185</sup>”.

Compartilha desta posição Flávia Piovesan, ao admitir que “objetiva a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, em última análise, permitir que toda norma constitucional alcance eficácia plena<sup>186</sup>”, com o intuito de que a inação do legislador não obstaculize a fruição dos direitos positivados na Constituição. Percebe-se melhor a concepção da autora a respeito da essência normativa da omissão inconstitucional quando afirma que “a omissão corresponde à falta de medida para tornar efetiva norma constitucional e não direito constitucional<sup>187</sup>” e, mais:

Isto é, pretende-se, através da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, suprir as lacunas inconstitucionais da ordem constitucional. Trata-se, pois, de instrumento voltado a preencher, de forma geral e abstrata, as lacunas inconstitucionais do ordenamento. A finalidade última é colmatar todas as lacunas inconstitucionais, para que, algum dia, todas as normas constitucionais alcancem eficácia plena e possam irradiar, com máxima eficácia, efeitos normativos<sup>188</sup>.

O Supremo Tribunal Federal vem conhecendo recorrentemente das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão quando baseadas em inércia do Poder Legislativo em dar eficácia plena a dispositivo constitucional de alcance limitado. *Ad exemplum*, ementa da ADI n. 2.525, do

<sup>181</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Ibidem*, p. 256.

<sup>182</sup> Art. 96. Compete privativamente: I - aos tribunais: a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos; *in* BRASIL. Constituição Federal [1988]

<sup>183</sup> *Idem*, *Ibidem*, p. 256-258.

<sup>184</sup> *Idem*, *Ibidem*, p. 256.

<sup>185</sup> *Idem*, *Ibidem*, p. 256.

<sup>186</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**; Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, p. 97.

<sup>187</sup> PIOVESAN, Flávia. *Ibidem*, p. 97.

<sup>188</sup> *Idem*, *Ibidem*, p. 97.

Distrito Federal, de relatoria do Min. Ilmar Galvão:

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (REDAÇÃO DA EC N.º 19, DE 4 DE JUNHO DE 1998). DISTRITO FEDERAL. Norma constitucional que impõe ao Governador do Distrito Federal o dever de desencadear o processo de elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores distritais**, prevista no dispositivo constitucional em destaque, na qualidade de titular exclusivo da competência para iniciativa da espécie, na forma prevista no art. 61, § 1.º, II, a, da CF. Mora que, no caso, se tem por verificada, quanto à observância do preceito constitucional, desde junho de 1999, quando transcorridos os primeiros doze meses da data da edição da referida EC n.º 19/98. Não se compreende, a providência, nas atribuições de natureza administrativa do Chefe do Poder Executivo, não havendo cogitar, por isso, da aplicação, no caso, da norma do art. 103, § 2.º, in fine, que prevê a fixação de prazo para o mister. Procedência parcial da ação<sup>189</sup>.

Gilmar Ferreira Mendes não adere a esta corrente puramente normativa da omissão inconstitucional. Para o doutrinador, o constituinte deixou claro, no § 2º do art. 103 da Constituição<sup>190</sup>, poder ser objeto da ADI por omissão “não só a atividade legislativa, mas também a atividade tipicamente administrativa que pudesse, de alguma maneira, afetar a efetividade de norma constitucional<sup>191</sup>”.

Nesta toada, seriam objeto do *writ* a omissão legislativa (inclusive a parcial, motivo de estudo no terceiro capítulo), uma vez identificado o legislador como destinatário fundamental à tarefa de concretizar os ditames estatuídos pela Lei Maior; e a omissão de providência de índole administrativa, composta pelo *non facere* a título de exercício de poder regulamentar, como também pelas omissões de medidas ou atos administrativos<sup>192</sup>.

Esta última espécie, de estrutura não normativa, justifica-se, segundo o autor, pela própria exegese literal do disposto no § 2º do art. 103 da Carta Maior:

A exegese literal do disposto no art. 103, § 2º, da CF parece sugerir resposta afirmativa [quanto à omissão na prática de atos administrativos propriamente ditos], uma vez que ali se refere a “medidas”, “providências necessárias” e a “órgãos administrativos”. Por força do próprio princípio do Estado de Direito e de um dos seus postulados básicos – o princípio da legalidade da Administração –, é difícil imaginar ato administrativo indispensável, primariamente, para tornar efetiva norma constitucional. [...] De qualquer forma, não há como deixar de admitir que, a despeito da existência de lei, a omissão das autoridades na adoção de diferentes providências administrativas pode dificultar ou impedir a concretização da vontade constitucional<sup>193</sup>.

<sup>189</sup> STF, *DJU*, 18-12-2001, ADI 2.525-DF, rel. Min. Ilmar Galvão.

<sup>190</sup> Art. 103, § 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

<sup>191</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1332.

<sup>192</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Ibidem*, ps. 1332-1343.

<sup>193</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Ibidem*, p.1341.



Reinaldo Pereira e Silva é adepto de uma visão mais geral de possibilidade de identificação das omissões inconstitucionais, na qual é nítida a distinção entre omissões de natureza normativa e de natureza não normativa<sup>194</sup>, contemplando ambas o objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

O autor dedica espaço especial do seu estudo às omissões administrativas de natureza não normativa, por ele compreendidas pela não realização de medidas de efeitos concretos capazes de tornar as normas constitucionais socialmente efetivas. Pondera o autor: “se a norma juridicamente eficaz é a norma que preenche as condições que a tornam aplicável ao caso concreto, a norma socialmente eficaz é a norma concretamente aplicada<sup>195</sup>”. Todavia, as omissões administrativas e suas nuances, bem como as de teor legislativo, são assunto, para o capítulo seguinte.

Em relação ao objeto da ADI por omissão, Pereira e Silva assevera a razoabilidade de uma compreensão mais geral das omissões inconstitucionais, com o intuito de ganhar distância da abordagem normativa dita reducionista:

Em razão de uma orientação restrita acerca da natureza jurídica das omissões administrativas [...] muitos autores, ao definir o objeto da ação direta de inconstitucionalidade por conduta omissiva, reduzem-no ao fenômeno da omissão normativa, com ênfase na omissão por parte do legislador. Este tipo de abordagem reducionista de modo algum se justifica no Brasil, pois **o objeto da ação direta de inconstitucionalidade por conduta omissiva se encontra para além do controle da inércia legislativa**; além disso, seu julgamento não se resume a mera declaração de uma omissão inconstitucional. De acordo com o art. 103, § 2º, da CF/1988, que disciplina a ação direta de inconstitucionalidade por conduta omissiva, uma vez “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias<sup>196</sup>”.

Seguidor desta mesma noção, Lenio Luiz Streck, para quem a função da ação direta de inconstitucionalidade por omissão é proteger a força normativa da Constituição:

Em vez de servir de defesa contra investidas de maiorias parlamentares eventuais ou não, a ação direta de inconstitucionalidade por conduta omissiva tem a função de compelir o Poder Executivo (ou o Poder Judiciário) ou instar o legislador a fazer aquilo que, embora estipulado pela Constituição, não deseja fazer, de forma total ou parcial. A ação direta de inconstitucionalidade visa a proteger a força normativa da Constituição, estabelecendo barreiras contra um não atuar que tem consequências jurídicas (a inconstitucionalidade)<sup>197</sup>.

---

<sup>194</sup> SILVA, Reinaldo Pereira e. O Controle de Constitucionalidade das Omissões Administrativas por Via de Ação Direta. Revista dos Tribunais 885, julho de 2009, ps. 91-111.

<sup>195</sup> SILVA, Reinaldo Pereira e. Ibidem, p. 96.

<sup>196</sup> SILVA, Reinaldo Pereira e. O Controle de Constitucionalidade das Omissões Administrativas por Via de Ação Direta. Revista dos Tribunais 885, julho de 2009, p. 104.

<sup>197</sup> STRECK, L. L. **A baixa constitucionalidade e a inefetividade dos direitos fundamentais-sociais em terrae brasilis**. Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo/SP, v. 4, p. 272-308, 2004.

Impende ressaltar a admissibilidade pela Suprema Corte do nosso País da ADI n. 1.698, do Distrito Federal. Apesar de ter sido julgada improcedente, o STF conheceu a ação direta composta de um objeto não essencialmente normativo, ao ser proposta contra alegada inércia do Presidente da República em cumprir o disposto nos art. 6º<sup>198</sup>; art. 23, inciso V<sup>199</sup>; art. 208, inciso I<sup>200</sup>; e art. 214, inciso I<sup>201</sup>, todos da Constituição Federal.

Tais normas dispõem sobre o dever constitucional de o Estado instituir ensino fundamental obrigatório e gratuito, nas suas funções de administrador, com a finalidade de criar instrumentos a fim de erradicar o analfabetismo e melhorar a qualidade da educação pública.

Eis o inteiro teor da ementa suscitada, em decisão de 16-4-2010:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO EM RELAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTS. 6º, 23, INC. V, 208, INC. I, e 214, INC. I DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ALEGADA INÉRCIA ATRIBUÍDA AO PRESIDENTE DA REPÚBLICA PARA ERRADICAR O ANALFABETISMO NO PAÍS E PARA IMPLEMENTAR O ENSINO FUNDAMENTAL OBRIGATÓRIO E GRATUITO A TODOS OS BRASILEIROS.

1. Dados do recenseamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística demonstram redução do índice da população analfabeta, complementado pelo aumento da escolaridade de jovens e adultos.
2. Ausência de omissão por parte do Chefe do Poder Executivo federal em razão do elevado número de programas governamentais para a área de educação.
3. A edição da Lei n. 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) e da Lei n.10.172/2001 (Aprova o Plano Nacional de Educação) demonstra atuação do Poder Público dando cumprimento à Constituição.
4. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão improcedente<sup>202</sup>.

Diante destas considerações, torna-se possível traçar um “esboço de entendimento” da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (e também do mandado de injunção), pelo estudo do seu objeto, da legitimação para agir e das mudanças da doutrina e jurisprudência sobre o

---

<sup>198</sup> Art. 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

<sup>199</sup> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;

<sup>200</sup> Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009) (Vide Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

<sup>201</sup> Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

I - erradicação do analfabetismo;

<sup>202</sup> STF, *DJU*, 25-2-2010, ADI n. 1.698, do Distrito Federal. Rel. Min. Carmen Lúcia, j. em 25-2-2010.

instituto. Como já mencionado, por se tratar de um dos tópicos basilares do tema deste projeto, o debate prossegue no próximo capítulo, por intermédio de um exame mais minucioso e prático a respeito das omissões como um todo e de suas modalidades: legislativas, administrativas, normativas, entre outras.

## 4 AS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS

Será tema central deste capítulo as medidas omissas do Poder Público ditas inconstitucionais, citadas no parágrafo § 2º do artigo 103 da Constituição Federal. Podem ser estas de cunho legislativo, quando se tratar de omissão do Poder Legislativo na confecção da legislação ou ato normativo necessário à concretização do constitucionalmente positivado; ou de feição administrativa, quando tratar-se de omissão na prática de atos administrativos ou medidas gerais do Poder Público enquanto administrador.

Para isso, será feita uma análise das omissões inconstitucionais de índole legislativa<sup>203</sup>; das omissões de cunho administrativo – dando ênfase de ocorrência pela não realização de medidas de efeitos concretos necessárias para tornar efetiva a norma constitucional<sup>204</sup>; e, por fim, uma explanação sobre a discricionariedade administrativa e acerca do controle jurisdicional de políticas públicas.

Têm-se como elemento norteador deste capítulo as palavras do Min. Celso de Mello a respeito da omissão estatal relevante, impeditiva da fruição dos direitos pelo cidadão:

A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, [...] compromete a eficácia da declaração constitucional de direitos e [...] impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental<sup>205</sup>.

### 4.1 AS OMISSÕES LEGISLATIVAS

A ideia de omissão legislativa inconstitucional subsiste mais facilmente no sistema do *civil law*, de filiação romano-germânica e associado ao racionalismo jurídico, em contraposição ao *common law*<sup>206</sup>.

---

<sup>203</sup> Vide item 3.5 deste trabalho.

<sup>204</sup> SILVA, Reinaldo Pereira e. O Controle de Constitucionalidade das Omissões Administrativas por Via de Ação Direta. Revista dos Tribunais 885, julho de 2009, p. 96-106.

<sup>205</sup> STF, DJU, MI 542/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 28-8-2001. Tribunal Pleno.

<sup>206</sup> O *common law* é associado à aplicação uniforme por um grupo de juízes de regras tradicionais nativas. Também é conhecido por direito consuetudinário, isto é, direito dos costumes. O sistema do *common law* distingue-se em muito do *civil law* por sua aptidão de ceder espaço ao Poder Judiciário à “criação do direito” a partir da decisão judicial, afastando-se da concepção de juiz como “boca” que meramente pronunciava a lei. Engana-se, entretanto, quem associa necessariamente a criação do direito pelos juízes nos países do sistema *common law* à diminuta criação legislativa. Como bem evidenciam José Miguel Garcia Medina, Alexandre Freire e Alonso Freire, eu sua coluna “vivemos, hoje,

Os dois sistemas não se diferenciam quanto ao posto hierárquico concebido à lei no ordenamento jurídico, tampouco pela quantidade de leis promulgadas pelo legislativo. Em ambos há a mesma predisposição de superioridade da Lei em relação às outras fontes do direito – mesmo no *common law*, no qual é significativa a importância do uso, dos costumes e da jurisdição, em contraposição ao trabalho abstrato do legislador<sup>207</sup>.

Entretanto, o fato de estar o juiz, no sistema do *civil law*, teoricamente vinculado a simplesmente aplicar a lei não acarretou, historicamente, uma maior completude legislativa neste países em comparação ao outro modelo exposto, no qual o magistrado possui maior capacidade de criação legislativa para aplicar ao caso concreto<sup>208</sup>.

Explica-se: a maior distinção entre o *civil law* e o *common law* consiste na menor pretensão, por parte deste último, em regular por intermédio da legislação todos os casos levados ao Poder Judiciário, enquanto que no *civil law* existe uma maior inclinação de composição de todo o direito por meio de preceitos legislativos, com intuito de erradicar as lacunas legislativas, as contradições no ordenamento, bem como as normas vagas ou ambíguas<sup>209</sup>.

Logo, nesse sistema normativo com aspiração de conceder à produção legislativa possibilidades exaustivas de regular todas as matérias às quais a sociedade necessite – *civil law*, torna-se mais clara a identificação da omissão legislativa inconstitucional à prestação do direito constitucionalmente plasmado. Ao contrário, caso se conceda ao magistrado possibilidade de ser legislador positivo no caso concreto, tornam-se diminuídas as carências proporcionadas pela ausência de legislação regulatória de dada relação. Necessário frisar ser possível alcançar este mesmo efeito caso o mandado de injunção – inciso LXIX do art. 5º da CF – passe a protagonizar o papel objetivado pelo constituinte no momento da elaboração da Constituição vigente, o que não vinha ocorrendo devido à então interpretação restritiva da Suprema Corte deste País<sup>210</sup>.

Da mesma forma, não ganha amparo lógico a existência de omissões legislativas

---

sob um sistema de *stare (in)decisis*” no site consultor jurídico ([www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)): “É bastante equivocada a ideia de que o *common law* só permite que os juízes criem direitos porque nos países que o adotam não há grande produção legislativa — se comparada à que podemos encontrar nos países que adotaram o *civil law*. Tomando o exemplo do Direito norteamericano, podemos constatar que naquele país há um grande emaranhado de leis estaduais e federais, em número bastante superior a países cujos sistemas jurídicos se perfilham ao *civil law*”.

<sup>207</sup> CARPENA, Mario Louzada. **Hierarquia das Fontes do Direito**. Disponível em

[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/M%C3%A1rcio%20L%20Carpena%20\(3\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/M%C3%A1rcio%20L%20Carpena%20(3)%20-formatado.pdf).

<sup>208</sup> CAVANNA, Adriano. **Storia Del diritto moderno in Europa**. Vol I. Le Fonti e Il pensiero giuridico. Milado: Dott. A. Giuffrè Editore, 1982, p. 480-481.

<sup>209</sup> CAVANNA, Adriano, Ibidem, p. 481.

<sup>210</sup> Vide seção 3.5.1.1 deste trabalho.

inconstitucionais num ordenamento no qual todas as normas constitucionais possuam aplicabilidade imediata, ou, na classificação de José Afonso da Silva, eficácia plena. Requer-se, antagonicamente, compreender a existência no ordenamento de normas constitucionais de eficácia limitada<sup>211</sup>, carentes de legislação infraconstitucional para a produção de seus efeitos.

Em caso de todas as normas serem imediatamente exequíveis, sem a necessidade de legislação complementar – aqui se abrange tanto a lei complementar *strictu sensu* quanto qualquer outra legislação infraconstitucional – existiria, aí, coadunando-se ao pensamento de Reinaldo Pereira e Silva, a possibilidade de configuração das omissões de índole administrativa<sup>212</sup>. Assim se afirma por serem pressupostos para a ocorrência destas a confecção da legislação requisitada para a norma constitucional alcançar todos os seus efeitos (o que a tornaria plenamente exequível) quando o dispositivo já não for, por si só, executável.

As omissões inconstitucionais legislativas embasam-se, portanto, na premissa de que a Constituição não basta por si mesma. Em outras palavras, “a concretização da ordem fundamental estabelecida na Constituição de 1988 carece, nas linhas essenciais, de lei<sup>213</sup>”, pois o Estado constitucional propugnado na Lei Maior depende da harmonia de atuação dos Poderes Públicos e, precipuamente, do Poder Legislativo, à medida que “têm os órgãos legislativos o poder e o dever de emprestar conformação à realidade social<sup>214</sup>”.

Entende-se por omissão legislativa todo e qualquer ato componente do processo legislativo, e estes constituem objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Conforme se vislumbra do exame normativo da Constituição Federal, o processo legislativo cabe principalmente ao Poder Legislativo, mas nada impede a existência de omissão legislativa aos entes englobados pelo sistema de iniciativa reservada.

Canotilho afirma existir omissão legislativa inconstitucional quando “o legislador não “faz” algo que positivamente lhe era imposto pela Constituição. Não se trata, pois, apenas de um simples negativo de “não fazer”; trata-se, sim, de não fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado<sup>215</sup>”.

---

<sup>211</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7ª ed, Malheiros Ed, São Paulo, ps. 63-81.

<sup>212</sup> Vide seção 4.1.1 deste trabalho.

<sup>213</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1237.

<sup>214</sup> Idem, Ibidem, p. 1237.

<sup>215</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador** – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Ed. Coimbra, 1994, p. 331.

*Ad exemplum*, o parágrafo 1º do art. 61 lança um rol taxativo<sup>216</sup> de iniciativa reservada na proposição de leis por parte do Presidente da República, podendo este incorrer em omissão digna de ser objeto de ação direta caso verifique-se sua inércia na efetivação da sua competência constitucional<sup>217</sup>.

No mesmo norte, o Supremo Tribunal Federal tem recentemente também considerado omissão de feição legislativa o alongamento injustificado e desproporcional na discussão e votação no âmbito das Casas Legislativas, fenômeno mais conhecido como *inertia deliberandi*. Isto porque inexistia previsão constitucional a respeito dos prazos para deliberação e apreciação dos projetos de lei, mas tão somente da sanção e do veto, regulados no art. 66<sup>218</sup>.

O posicionamento mais tradicional inadmitia omissão inconstitucional do legislador a partir do momento em que o processo legislativo tivesse sido desencadeado, senão vejamos a ementa da ADI 2.495/SC, de relatoria do Min. Ilmar Galvão:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (REDAÇÃO DA EC N.º 19, DE 4 DE JUNHO DE 1998). ESTADO DE SANTA CATARINA. **Mora inconstitucional que não se verifica, tendo o Chefe do Executivo estadual**, em cumprimento ao dispositivo constitucional sob enfoque, **enviado à Assembléia Legislativa projeto de lei** sobre a revisão geral anual dos servidores catarinenses. Ação direta prejudicada<sup>219</sup>. (sem grifos no original).

Entretanto, a decisão da ADI por omissão n. 3.682/MT (julgada procedente por unanimidade), de relatoria de Gilmar Mendes, demonstrou uma possibilidade concreta de mudança de entendimento no plenário da Suprema Corte. A demanda fora ajuizada pela Assembleia

---

<sup>216</sup> Art. 61, § 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas; II - disponham sobre: a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios; c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI; f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.

<sup>217</sup> O Supremo Tribunal Federal também detém a iniciativa reservada, mas para a criação de projeto de lei complementar atinente ao estatuto da magistratura (art. 93 da Constituição), bem como em relação às leis que preveem a criação e a extinção de cargos de seus serviços auxiliares e a fixação de vencimentos de seus membros e servidores (art. 99, I). Ademais, os Tribunais Superiores também possuem iniciativa reservada nas leis de alteração do número de membros dos tribunais inferiores, de criação e extinção dos cargos e fixação dos vencimentos de seus membros, dos juízes (art. 99, I). Finalmente, a mesma atribuição disposto no § 1º do art. 61 da Constituição pode ser estendida, por simetria, aos Poderes Executivos dos Estados, como se depreende ao analisar o art. 50 da Constituição do Estado de Santa Catarina, possuidor da mesma redação, *mutatis mutandis*, do art. 61 da Constituição.

<sup>218</sup> O dispositivo concede, por exemplo, prazo de 15 dias para o presidente vetar projeto de lei por considerá-lo inconstitucional ou contrário ao interesse público. Também, no mesmo prazo de 15 dias, caso o Presidente não se manifeste, ocorre a sanção tácita do projeto de lei. *In* BRASIL, Constituição [1988].

<sup>219</sup> STF, *DJU*, ADI 2.495/SC, rel. Ilmar Galvão, j. em 2-5-2002, Tribunal Pleno.

Legislativa do Estado de Mato Grosso em face do Congresso Nacional, por razão da mora na elaboração da lei complementar federal prescrita pelo art. 18, § 4º, da Constituição, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 15-96.

*In casu*, não se configurou uma total inércia legislativa, caracterizada pela eventual não proposição de projeto de lei por uma das Mesas do Congresso Nacional, mas sim uma inércia em deliberar a respeito dos inúmeros projetos de lei complementar apresentados e discutidos no âmbito das Casas Legislativas para regular o dispositivo carente de legislação. Colhe-se do voto do relator Gilmar Mendes terem sido produzidos exatamente 12 (doze) projetos de lei complementar, desde 1996 até o ano de 2005, sem, entretanto, haver efetiva deliberação e aprovação de nenhum deles.

No voto, o relator ressalta o porquê de ter reconhecido a inconstitucionalidade por omissão na *inertia deliberandi*:

Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A *inertia deliberandi* das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal<sup>220</sup>.

Eros Roberto Grau, no julgamento da ADI n. 3.316, de sua relatoria, julgada procedente por unanimidade, dispôs no mesmo sentido:

Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada – embora ainda não jurídica – não pode ser desconsiderada. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da EC 15, em 12-9-1996, deve-se à ausência de lei complementar federal. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: a criação de Município. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional<sup>221</sup>.

Convém ressaltar que o legislador omissor descumpre uma imposição constitucional de legislação. Mesmo a desobediência de uma imposição constitucional abstrata<sup>222</sup>, passível de ainda ser situada no terreno dos comportamentos ainda não inconstitucionais, tenderá à

<sup>220</sup> STF, *DJU*, ADI 3.682, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 9-5-2007, Tribunal Pleno.

<sup>221</sup> STF, *DJU*, ADI 3.316, Rel. Eros Grau, j. em 9-5-2007, Tribunal Pleno.

<sup>222</sup> Identificam-se as imposições constitucionais abstratas, em apertada síntese, quando se tratar de matérias não debatidas especificamente na Constituição, mas facilmente dedutíveis da hermenêutica constitucional como de necessário regramento.



inconstitucionalidade, quando a conduta omissa for reiterada por tempo digno de obstaculizar direitos previstos, mesmo indiretamente, na Constituição<sup>223</sup>.

Para Canotilho, no caso das imposições constitucionais concretas, “o não cumprimento é um verdadeiro caso de inconstitucionalidade: o legislador viola, por ato omissivo, o dever de atuar concretamente imposto pelas normas constitucionais<sup>224</sup>”.

Consoante o pensamento do mesmo autor, o argumento principal para legitimar a inconstitucionalidade do comportamento inconstitucional do legislador quando não age – em contraposição à tese de que aí se identificaria uma ofensa ao princípio da separação dos poderes<sup>225</sup> – é a “superioridade hierárquica formal e material das normas constitucionais e a clara distinção entre poder constituinte e poder constituído<sup>226</sup>”. Este entendimento confirma a ideia de estarem as instâncias legislativas vinculadas pelas normas constitucionais, possuindo sua discricionariedade de atuação dentro dos parâmetros constitucionalmente fixados – e não uma discricionariedade ampla, sem limitações –, quando estes houver<sup>227</sup>.

#### 4.1.1 A omissão legislativa “reflexa” na ação direta de inconstitucionalidade 4.270/SC

Outra questão vista como imutável pela doutrina pátria detinha-se a não possibilidade de estipulação de prazo para que o órgão legislativo proponha projeto de lei para regular determinada matéria. É, inclusive, a literalidade do disposto no § 2º do art. 103 da Constituição Federal, que possibilita apenas fixar prazo para que se tome providências de índole administrativa. A Min. Carmen Lúcia, no julgamento do Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 485.087-7, do Rio Grande do Sul, decidiu neste sentido:

A decisão agravada está, pois, absolutamente de acordo com o preceito constitucional e, longe de ofender o julgado na mencionada Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, emprestou-lhe o devido respeito, pois **não se tratando o ato omissivo de simples medida administrativa vinculada a ser implementada no prazo constitucional de trinta dias, mas de medida legislativa de encaminhamento de projeto de lei de iniciativa do Presidente da República**, não poderia este Supremo Tribunal Federal agir

<sup>223</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador** – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Ed. Coimbra, 1994, p. 332.

<sup>224</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Ibidem*, p. 332.

<sup>225</sup> Segundo adverte Canotilho, na p. 329 da obra citada: “A doutrina weimariana do *poder legislativo unitário*, assente numa compreensão decisionística da teoria da representação da soberania popular e na disponibilidade do direito constitucional pelo legislador, é hoje claramente rejeitada, afirmando-se, pelo contrário, a heterovinculação das instâncias legiferantes pelas normas constitucionais”.

<sup>226</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Ibidem*, p. 329.

<sup>227</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Ibidem*, p. 329.

diferente. Isso porque **não existe autorização constitucional para que este Supremo Tribunal, após a constatação da mora legislativa em processo de controle abstrato, obrigue o ente público a editar lei ou a tomar a iniciativa de encaminhar projeto de lei com o fito de preencher a contatada “lacuna”, para tornar efetiva norma constitucional**<sup>228</sup>.

Apesar de não se tratar de uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a ADI n. 4.270, de Santa Catarina, de relatoria do Min. Joaquim Barbosa, merece análise mais minuciosa.

A ação direta supramencionada teve como objeto a inconstitucionalidade do art. 104 da Constituição do Estado de Santa Catarina<sup>229</sup> e da Lei Complementar Estadual n. 155/1997<sup>230</sup>, que possibilitavam a regulamentação de um convênio com a seccional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para prestação do serviço de “defensoria pública dativa”.

Declarou-se a inconstitucionalidade de tais dispositivos por violação frontal ao disposto no inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal – “*O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*” – e ao art. 134, *caput*, do mesmo diploma – “*A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV*”.

Isto porque o resultado prático da não instituição da defensoria no Estado de Santa Catarina “é a inexistência do cargo de defensor público na estrutura do Estado de Santa Catarina: o serviço de assistência judiciária é prestado por advogados particulares, escolhidos sem processo de seleção prévia pela própria OAB<sup>231</sup>”.

Na decisão, além de declaração da inconstitucionalidade das normas em cotejo, foi admitida a continuidade do serviço de defensoria dativa prestado pelo Estado de Santa Catarina pela via de convênio com a seccional da OAB no Estado pelo prazo máximo de 1 (um) ano da data do julgamento da referida ação, “ao fim do qual deverá estar em funcionamento órgão estadual de defensoria pública estruturado de acordo com a Constituição de 1988 e em estrita observância à legislação complementar nacional (LC 80/1994)<sup>232</sup>”.

---

<sup>228</sup> STF, *DJU*, RE 485.087 - AgR/RS, j. em 21-11-2006, 1ª Turma.

<sup>229</sup> Art. 104 — A Defensoria Pública será exercida pela Defensoria Dativa e Assistência Judiciária Gratuita, nos termos de lei complementar.

<sup>230</sup> Art. 1º Fica instituída, pela presente Lei Complementar, na forma do art.104 da Constituição do Estado de Santa Catarina, a Defensoria Pública, que será exercida pela Defensoria Dativa e Assistência Judiciária Gratuita, organizada pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina – OAB/SC.

<sup>231</sup> STF, *DJU*, ADI 4.270/SC, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 14-3-2012, Tribunal Pleno.

<sup>232</sup> STF, *DJU*, ADI 4.270/SC, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 14-3-2012, Tribunal Pleno.

Cumpra reiterar ser possível a identificação de uma suposta “omissão legislativa reflexa” do Poder Executivo local, ao qual cabe a iniciativa reservada na proposição da lei que dispusesse sobre a organização da Defensoria Pública, com fulcro no art. 50, § 2º, inciso V da Constituição do Estado de Santa Catarina.

Diz-se omissão reflexa pelo motivo de não ter sido este o objeto da relatada ação direta de inconstitucionalidade – até porque se o fosse tratar-se-ia de uma ADI por conduta omissiva, e não de uma ADI convencional. A demanda cingia-se à declaração de inconstitucionalidade de dispositivo da Constituição Estadual e de Lei Complementar, mas, ao assim proceder, identificou o *non facere* do Poder Executivo em relação a dispositivos da Constituição Federal e da Estadual, que determinam a sua responsabilidade de criação de órgão de assistência jurídica aos cidadãos.

Portanto, com a declaração de inconstitucionalidade do modelo existente – inconstitucionalidade por ação –, pode ser evidenciado, consequentemente, o estado de inconstitucionalidade pela omissão em adotar o sistema que a Constituição prescrevia – inconstitucionalidade por omissão pela não adoção da Defensoria Pública estadual.

Ressalta-se a possibilidade de identificação, pela decisão da Suprema Corte, da existência de omissões inconstitucionais tanto administrativas quanto legislativas por parte do Poder Público catarinense.

Por tais motivos, merece estudo, primeiramente, a decisão da Suprema Corte no tocante à suposta omissão legislativa do Governador do Estado, por não ter este iniciado o processo legislativo de sua iniciativa reservada – inércia reiterada por mais de 23 (vinte e três anos), considerando-se a promulgação da Constituição Federal em 1988 e da Constituição Estadual de Santa Catarina no ano seguinte.

O parágrafo 2º do art. 103 da Constituição ordena, nos casos em que seja declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida legislativa para tornar efetiva norma constitucional, que seja dada “ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias”, e fixa prazo apenas para as omissões de índole administrativa – 30 dias.

Na ADI 4.270, contudo, sugeriu o ministro relator Joaquim Barbosa ser necessária “a continuidade da prestação dos serviços atualmente ofertados com fundamento nas normas questionadas durante o prazo de seis meses, ao fim do qual deve estar definitivamente criada e em

funcionamento a defensoria pública de Santa Catarina<sup>233</sup>”, ao decidir “em linha com a proposta formulada pelas requerentes e com o precedente da ADI 3.819, rel. min. Eros Grau, DJe 28-3-2008<sup>234235</sup>”.

O citado prazo – posteriormente modificado para 1 (um) ano – foi estipulado com base no art. 27 da Lei 9.868<sup>236</sup>, que “dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal<sup>237</sup>”. A norma prevê a possibilidade de restrição dos efeitos de determinada declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, ou postergar os mesmos para determinado momento prefixado na decisão. Trata-se, pois, do efeito prospectivo da declaração de inconstitucionalidade.

*In casu*, a concessão do prazo de 1 (um) ano para a continuação dos serviços prestados pela defensoria dativa acarreta a determinação tácita para que o Poder Executivo estadual legisle sobre a defensoria pública, sob pena de agravar o estado de inconstitucionalidade. A partir do momento em que deixarem de ser eficazes, pela decorrência do prazo, os dispositivos declarados inconstitucionais com efeito para o futuro, não propondo o Governador do Estado projeto de lei referente à defensoria pública estadual, haverá privação completa do cidadão hipossuficiente a qualquer assistência jurídica gratuita.

A estipulação deste prazo foi objeto de discussão pelos Ministros da Suprema Corte, na

---

<sup>233</sup> STF, *DJU*, ADI 4.270/SC, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 14-3-2012, Tribunal Pleno.

<sup>234</sup> STF, *DJU*, ADI n. 3.819/MG, rel. min. Eros Grau, j. em 24-10-2007, Tribunal Pleno: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 140, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, E ARTIGO 141 DA LEI COMPLEMENTAR N. 65. ARTIGO 55, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 15.788. ARTIGO 135, CAPUT E § 2º, DA LEI N. 15.961. LEIS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. INVESTIDURA E PROVIMENTO DOS CARGOS DA CARREIRA DE DEFENSOR PÚBLICO ESTADUAL. SERVIDORES ESTADUAIS INVESTIDOS NA FUNÇÃO DE DEFENSOR PÚBLICO E NOS CARGOS DE ASSISTENTE JURÍDICO DE PENITENCIÁRIA E DE ANALISTA DE JUSTIÇA. TRANSPOSIÇÃO PARA A RECÉM CRIADA CARREIRA DE DEFENSOR PÚBLICO ESTADUAL SEM PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 37, II, E 134, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. [...] Ação direta julgada procedente para declarar inconstitucionais o caput e o parágrafo único do artigo 140 e o artigo 141 da Lei Complementar n. 65; o artigo 55, caput e parágrafo único, da Lei n. 15.788; o caput e o § 2º do artigo 135, da Lei n. 15.961, todas do Estado de Minas Gerais. **Modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Efeitos prospectivos, a partir de 6 [seis] meses contados de 24 de outubro de 2007.** (Sem grifo no original).

<sup>235</sup> STF, *DJU*, ADI 4.270/SC, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 14-3-2012, Tribunal Pleno.

<sup>236</sup> Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

<sup>237</sup> BRASIL. Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999. “Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.” **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, 11-11-1999.

ocasião do julgamento da presente ação direta. O Ministro Ayres Britto asseverou ter dificuldades em assinar prazo para o Poder Executivo tomar a iniciativa de lei:

Senhor Presidente, eu experimento dificuldade, nessa nossa técnica decisória, de assinar prazo, marcar prazo para, por exemplo, o Executivo tomar a iniciativa de lei, o Legislativo legislar. Isso porque o Executivo toma a iniciativa de lei se quiser e o Legislativo não é obrigado a legislar. Nós é que somos obrigados a julgar, por efeito do artigo 5º, inciso XXXV. Nós somos obrigados a julgar, mas nem o Legislativo é obrigado a legislar, nem o Poder Executivo é obrigado a tomar a iniciativa de lei<sup>238</sup>.

Neste mesmo entendimento, o Ministro Marco Aurélio assimilou não possuir prazo nem na ação direta de inconstitucionalidade por omissão “para que outro Poder exerça atividade precípua<sup>239</sup>”. O Presidente da Corte à época, Cezar Peluso, salientou não estar se tratando de ordem para o Estado criar; “o Estado vai ser colocado diante da seguinte alternativa: se, dentro de certo prazo, não criar a Defensoria Pública, a assistência será prestada na forma das leis em vigor, salvo as que declaramos inconstitucionais<sup>240</sup>”.

A partir deste reconhecimento, observa-se existir, na prática, uma espécie de coação ao Poder Executivo reservadamente legitimado a propor este específico projeto de lei, para que assim o aja no prazo de 1(um) ano. Isto porque uma vez expurgadas do ordenamento jurídico as normas que regulamentavam a defensoria dativa, a única alternativa sobressalente subsistiria na obediência à imposição constitucional. Agir de forma diferente, reitera-se, apenas intensificaria o estado de inconstitucionalidade, dando azo à proposição da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção.

A posição tomada pelo Ministro Marco Aurélio, em contraposição às restantes, arquiteta-se no descabimento de estipulação de prazo para sanar a inconstitucionalidade:

Acabo temendo, considerando o próprio Estado Democrático de Direito, quando constato pronunciamentos daquele que tem como atribuição maior a guarda da Constituição, de certa forma mitigando o Texto Maior e simplesmente assentando que, até aqui, a Constituição Federal não vigorou e que passará a vigorar dentro de seis meses de nossa decisão. Presidente, é a hora de buscar-se a eficácia maior da Constituição Federal. É hora de impor-se a concretude, que é própria à Carta da República. Não vejo como se possa tergiversar e dizer o que, realmente, em 1988, impôs-se a criação das defensorias públicas, mas como o Estado de Santa Catarina, que é um Estado inclusive muito politizado, até aqui não a criou, poderá assim permanecer por mais seis meses, adentrando-se, quem sabe, um círculo vicioso, não vindo a ser criada a Defensoria Pública. Por isso, peço vênha, Presidente, para simplesmente, *tour court*, declarar inconstitucional o quadro, implementando a esse pronunciamento eficácia plena<sup>241</sup>.

---

<sup>238</sup> STF, *DJU*, ADI 4.270/SC, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 14-3-2012, Tribunal Pleno.

<sup>239</sup> *Idem*.

<sup>240</sup> *Idem*.

<sup>241</sup> *Idem*.

O Ministro Ayres Britto, por sua vez, entende ser possível aplicar ao Governante omissio, inclusive, a pena prescrita no art. 85 da Constituição Federal:

E negar esse direito, por forma patente, renitente, ostensiva, parece-me até, Ministro Celso de Mello, carrear a ação do governante responsável para os crimes de responsabilidade de que trata a Constituição no artigo 85. Um desses crimes, no inciso III, é o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais: "Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: (...) III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;" [...] Portanto, eu também entendo que deixar de aparelhar as defensorias públicas é atentar violentamente contra a Constituição e correr o risco até de incidir nesse crime mais alto, o crime de responsabilidade<sup>242</sup>.

A estipulação do prazo não é algo essencialmente novo na nossa Corte Constitucional: no mandado de injunção n. 232-1, do Rio de Janeiro, de relatoria do Ministro Moreria Alves, também houve a fixação de um prazo<sup>243</sup>.

No *case* de relatoria de Alves, determinou-se o prazo de seis meses para a confecção, por parte do Congresso, da legislação prescrita, sob pena de que, vencido o prazo, o impetrante pudesse gozar automaticamente da imunidade disposta no preceito constitucional – o que acarretaria prejuízo financeiro ao Poder Público, sendo mais interessante criar legislação reguladora da matéria.

Mesmo que o §2º do art. 103 da Carta Constitucional não preveja prazo para que o Poder Legislativo legisle – mas que simplesmente dê ciência de sua mora em produzir determinada legislação – observa-se tanto no controle abstrato quanto no controle concreto de constitucionalidade uma inclinação cada vez maior em direção à concretização real da Constituição. Após mais de duas décadas da promulgação da Constituição Federal, é inegável ser causa de consternação da sociedade a identificação de mora legislativa sobre determinada matéria.

Neste contexto, torna-se cada vez mais aviltante a omissão do legislador em cumprir a função à qual o cidadão legitimamente o incumbiu de representar. Isto porque, de acordo com os ensinamentos de Gomes Canotilho, esta abstenção do Poder Legislativo tem sido identificada, numa ótica moderna, como agressão negativa dos direitos dos cidadãos:

Tal como a tese do poder legislativo unitário e da soberania parlamentar absoluta concluíra, de forma lógica, não ter sentido obrigar o legislador a dar "execução" ou realização a preceitos constitucionais que outra coisa não eram que exteriorizações de vontade do mesmo poder legislativo [...] Acresce que o reconhecimento da eficácia directa dos direitos fundamentais e a superação da teoria negativa liberal dos mesmos direitos pelas teorias que reconhecem neles uma dimensão objectiva e um fundamento de pretensões subjectivas a prestações (*Teilhaerrechte*) também concorriam (e concorrem) no mesmo sentido: relevância da abstenção legiferante como "agressão negativa" dos direitos dos cidadãos<sup>244</sup>.

<sup>242</sup> Idem.

<sup>243</sup> Vide item 3.5.1.1 deste trabalho.

<sup>244</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador** – contributo para a

#### 4.1.2 Omissão absoluta e omissão parcial

Em contraposição à omissão legislativa parcial, que requer exame mais minucioso, a omissão legislativa absoluta, como literalmente se depreende, identifica-se com a falta de ação, com “o absoluto silêncio, a postura totalmente passiva, a omissão total<sup>245</sup>”.

Nestes termos, a omissão absoluta é a inércia por excelência, “a inobservância de um dever constitucional de legislar, que resulta tanto de comandos explícitos da Lei Magna como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação<sup>246</sup>”.

Num contexto consideravelmente diferente, vislumbra-se também ocorrer afronta à Constituição por uma atividade insatisfatória do legislador, aquém da exigência constitucional esperada para aquela imposição. Não é preciso que o legislador nada faça para que se identifique o seu débito com a sociedade: este pode existir quando houver o “atendimento insatisfatório ou incompleto de exigência constitucional de legislar<sup>247</sup>”.

Para Flávia Piovesan, identificam-se as omissões legislativas parciais “quando o legislador não efetivar completamente uma imposição constitucional concreta<sup>248</sup>”, isto é, logo que se deixar de exaurir imposição constitucional na qual for prescrito exatamente o que deve ser feito. Afirma-se, segundo esta teoria, haver maior ocorrência deste fenômeno em virtude da violação ao princípio da igualdade, nos casos de tratamento mais favorável a certas pessoas ou grupos de pessoas, desde que em situações semelhantes:

[...] a omissão legislativa parcial ocorre especialmente quando leis de cumprimento da Constituição favorecem certos grupos, esquecendo outros, o que importa na exclusão constitucional de vantagens. Caracteriza-se, assim, a omissão legislativa parcial, dado que o legislador tem o dever de tornar exequível o direito constitucional, em prol do princípio da igualdade, o que justifica o alargamento da solução legal a outras categorias de cidadãos. Nesta perspectiva, a omissão deve ser concebida no ângulo material e não meramente formal, ou seja, a violação ao princípio da igualdade implica inconstitucionalidade por omissão<sup>249</sup>.

Conforme afirma Reinaldo Pereira e Silva, as hipóteses de omissões legislativas

---

compreensão das normas constitucionais programáticas. Ed. Coimbra, 1994, p. 329.

<sup>245</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**; Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, p. 83.

<sup>246</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1335.

<sup>247</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Ibidem*, p. 1336.

<sup>248</sup> PIOVESAN, Flávia. *Ibidem*, p. 84.

<sup>249</sup> *Idem*, *Ibidem*, p. 84.

violadoras do princípio da igualdade consistem em omissões relativas (e não parciais), pois, tanto no caso de legislação que promova a exclusão arbitrária de benefícios quanto em relação à lei formalmente discriminatória, a inconstitucionalidade não guarda referência à ausência de normatividade ou à insuficiência normativa, mas sim “à violação ao princípio da isonomia na disciplina legal, ou seja, [...] ao tratamento não isonômico dos sujeitos da disciplina legal”<sup>250</sup>.

As omissões inconstitucionais parciais, com base no estudo de Pereira e Silva, decorrem de dois polos: “(a) quando a Constituição expressamente impõe a edição de medidas normativas e sua disciplina, do ponto de vista do conteúdo, ocorre de maneira insuficiente”<sup>251</sup>; e “(b) quando a Constituição expressamente impõe a edição de medidas de efeitos concretos e sua realização ocorre de maneira deficiente”<sup>252</sup>. A assertiva (a), neste entendimento, assemelha-se às omissões parciais de natureza normativa, dada a insuficiência normativa da disciplina legal; enquanto a (b) se aproxima das omissões parciais de natureza não normativa, pela realização deficiente da medida de efeito concreto considerada pela Constituição como necessária para efetivar as normas previstas em seu texto, ou já regulamentadas pela legislação infraconstitucional<sup>253</sup>.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no que diz respeito às omissões de natureza normativa:

Se o Estado, no entanto, deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a própria Carta Política lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a **inconstitucionalidade por omissão**, que pode ser total (quando é nenhuma a providência adotada) ou **parcial (quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público)**.

[...]

. - As situações configuradoras de omissão inconstitucional, **ainda que se cuide de omissão parcial, refletem comportamento estatal que deve ser repellido**, pois a inércia do Estado - além de gerar a erosão da própria consciência constitucional - qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança ilegítima da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário. Precedentes: RTJ 162/877-879, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO. O DESPREZO ESTATAL POR UMA CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA REVELA-SE INCOMPATÍVEL COM O SENTIMENTO CONSTITUCIONAL RESULTANTE DA VOLUNTÁRIA ADESÃO POPULAR À AUTORIDADE NORMATIVA DA LEI FUNDAMENTAL<sup>254</sup>. (sem grifo no original)

A controvérsia maior do assunto cinge-se, nestes casos de omissão parcial, à ideia de

<sup>250</sup> SILVA, Reinaldo Pereira e. **O Controle de Constitucionalidade das Omissões Administrativas por Via de Ação Direta**. Revista dos Tribunais 885, julho de 2009, p. 92.

<sup>251</sup> SILVA, Reinaldo Pereira e. *Ibidem*, p. 92.

<sup>252</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 92.

<sup>253</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 92.

<sup>254</sup> STF, *DJU*, ADI 1442/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. em 2-11-2004. Tribunal Pleno.



fungibilidade entre a inconstitucionalidade por ação e a inconstitucionalidade por omissão, pois, por um enfoque, percebe-se uma conduta positiva do legislador, ainda que insatisfatória; e, por outro, desponta um agir eivado de incompletude e, portanto, omissivo neste ponto.

Nesta ótica, Mendes afirma haver uma “inequívoca fungibilidade” entre a ação direta de inconstitucionalidade e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, “uma vez que os dois processos – o do controle de normas e o de controle da omissão – acabam por ter – formal e substancialmente – o mesmo objeto, isto é, a inconstitucionalidade da norma em razão de sua incompletude<sup>255</sup>”.

Conforme acima mencionado, o Ministro Celso de Mello entende ser possível separar a omissão legislativa parcial de uma conduta comissiva insatisfatória, uma vez que a violação negativa do texto constitucional se subsumiria na não adoção, por parte do Poder Público, das medidas necessárias à realização dos preceitos da Constituição em ordem a “torná-los efetivos, operantes e exequíveis<sup>256</sup>”.

O entendimento dominante da Suprema Corte propugnava – independente de se adotar a nomenclatura de omissão inconstitucional parcial ou relativa – não existir a suscitada fungibilidade entre a ação direta de inconstitucionalidade e a ação de inconstitucionalidade por omissão, como ratificou o relator da ADI 986, Min. Néri da Silveira:

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PORTARIA N. 699, DE 29/12/1993, DO MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA, QUE DECLARA NÃO ESTAR SUJEITA A INCIDENCIA DO IPMF A AQUISIÇÃO DE PAPEL DESTINADO A IMPRESSAO DE LIVROS, JORNAIS E PERIODICOS PELOS FABRICANTES, EDITORES E EMPRESAS JORNALISTICAS. PRETENDE-SE A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA REFERIDA PORTARIA POR TER RECONHECIDO A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA APENAS NO TOCANTE AS OPERAÇÕES ALUDIDAS, NÃO INCLUINDO AS DEMAIS MOVIMENTAÇÕES BANCARIAS RELATIVAS A OPERAÇÕES DIRETAMENTE VINCULADAS A FEITURA DE JORNAIS E PERIODICOS, SUSTENTANDO-SE CONTRARIEDADE AO ART. 150, VI, D, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REFERENDO DE DESPACHO, NO RECESSO, QUE INDEFERIU A CAUTELAR REQUERIDA. SEGUNDO A INICIAL, ESTARIA CONFIGURADA HIPÓTESE DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSAO DE PORTARIA PARA TORNAR EFETIVA A NORMA CONSTITUCIONAL MENCIONADA. INVIABILIDADE DE CONVERSAO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSAO, A QUE SE REFERE O PARÁGRAFO 2. DO ART. 103 DA LEI MAIOR DE DE 1988. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NÃO CONHECIDA, PREJUDICADA A MATÉRIA RELATIVA AO REFERENDO DO DESPACHO.**  
[...]

<sup>255</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Ibidem, p. 1337.

<sup>256</sup> STF, *DJU*, ADI 1.439-1/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. em 30.5.2003. Tribunal Pleno.

Desse modo, na verdade, o vício imputado ao ato não é de inconstitucionalidade positiva da norma nele veiculada até porque a imunidade, nela reconhecida, é de literal conformidade ao art. 150, III, “d”, CF – mas, sim, de inconstitucionalidade por omissão: pretende-se que a declaração de imunidade deveria estender-se a outras operações de movimentação financeira, cuja pré-exclusão da incidência tributária discutida, embora não explicitamente referido no mesmo texto constitucional, resultaria da correta interpretação dela.<sup>257</sup>” (sem grifo no original)

Na decisão, o Min. Sepúlveda Pertence filiou-se ao entendimento do relator do caso, ao compreender ser o pedido de ação direta de inconstitucionalidade de norma “de todo diverso” do pedido da ação direta de inconstitucionalidade por omissão<sup>258</sup>. Esta tese é refutada por Gilmar Mendes, que sustenta ser o pedido, em todo caso, de declaração de inconstitucionalidade, com o diferencial, no caso de omissão, de a própria norma incompleta ou imperfeita ser “susceptível de impugnação na ação direta de inconstitucionalidade, porque é de uma norma alegadamente inconstitucional que se cuida, ainda que a causa da inconstitucionalidade possa residir em sua incompletude<sup>259</sup>”.

Por fim, no que tange às omissões parciais, Reinaldo Pereira e Silva expõe ser pressuposto para verificação real da inconstitucionalidade por omissão nesta modalidade a verdadeira possibilidade de o legislador agir comissivamente nos termos requeridos pela imposição constitucional. Caso contrário, segundo o autor, excedendo-se o legislador na atuação em cotejo com a realidade social e econômica daquele momento, é possível ocorrer uma perda de convencimento público do cidadão em relação àquela causa, pela não correspondência da lei ou ato normativo emanado do Poder Legislativo com a viabilidade de tal ação<sup>260</sup>.

#### 4.2 AS OMISSÕES ADMINISTRATIVAS

Como já explicitado no capítulo anterior, a Constituição de 1988 inovou em sede de controle de constitucionalidade ao incorporar o controle concentrado de conduta omissiva. As

<sup>257</sup> STF, *DJU*, ADI 986/DF, rel. Min. Néri da Silveira, j. em 10-2-1994. Tribunal Pleno.

<sup>258</sup> Voto do Min. Sepúlveda Pertence na ADI 986/DF, rel. Min. Néri da Silveira, j. em 10-2-1994. Tribunal Pleno.

<sup>259</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1338.

<sup>260</sup> SILVA, Reinaldo Pereira e. *Ibidem*, p. 93.

omissões inconstitucionais não se limitam, entretanto, às omissões de natureza puramente normativa, situadas, no mais das vezes, por omissão do Poder Legislativo.

Ao elencar no § 2º do art. 103 a possibilidade de omissão de órgão administrativo, a Constituição Federal deu azo à possibilidade de se ajuizar ação direta de inconstitucionalidade por omissão por motivo diferente da omissão de raiz legislativa; assim o fez por reconhecer a propositura do *writ* diante de omissão de índole não normativa, sendo uma de suas espécies a omissão administrativa<sup>261</sup>.

O primeiro e o segundo capítulo deste trabalho filiaram-se à ideia de se configurar uma omissão inconstitucional quando não houver sido adotada, intencionalmente, a conduta comissiva requerida para certa situação diante de imposição constitucional a requerendo, caso exista possibilidade de assim agir.

#### 4.2.1 Natureza

Para Gilmar Ferreira Mendes, no tocante à possibilidade de omissão administrativa, o constituinte expressou-se de uma maneira que “não deixa dúvida de que se teve em vista aqui não só a efetividade legislativa, mas também a atividade tipicamente administrativa que pudesse, de alguma maneira, afetar a efetividade de norma constitucional<sup>262</sup>”.

O autor defende a maior relevância da omissão administrativa referente ao exercício do poder regulamentar, entendido este pela prerrogativa conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e possibilitar sua efetiva aplicação<sup>263</sup>.

O poder regulamentar, em apertada síntese, pode ser exercido pelo Poder Executivo (por intermédio do Presidente da República e dos Ministros de Estado)<sup>264</sup>, nos momentos em que a lei fixar prazo para a edição de ato regulamentar. É o caso de ocorrência do regulamento autorizado<sup>265</sup>,

---

<sup>261</sup> SILVA, Reinaldo Pereira e. **O Controle de Constitucionalidade das Omissões Administrativas por Via de Ação Direta**. Revista dos Tribunais 885, julho de 2009, p. 95.

<sup>262</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1332.

<sup>263</sup> MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 32. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 455.

<sup>264</sup> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; Art. 87. (...) Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei: (...) II – expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos; *in* Brasil, Constituição [1988].

<sup>265</sup> Reinaldo Pereira e Silva assevera, na pág 100 da obra citada, visualizar-se, nesta espécie de omissão, mera atribuição

ato administrativo utilizado para reger matéria não reservada à lei, dada a impossibilidade, por exemplo, de o legislador se ater à fixação de normas técnicas. Uma vez cabendo ao destinatário do regulamento autorizado colacionar os elementos para assegurar a plena aplicabilidade da lei, e este quedar inerte na função a que foi autorizado, “a ação direta terá por objeto a omissão do poder regulamentar<sup>266</sup>”.

Há decisão paradigmática da Suprema Corte a respeito dos requisitos de admissibilidade de ação direta por omissão administrativa: trata-se da ADI n. 19, do Estado do Alagoas, de relatoria do Min. Aldir Passarinho. Nela propugnou-se não ser cabível o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade para que seja praticado determinado ato administrativo no caso concreto quando já houver disposição normativa tratando do assunto. Mesmo na hipótese de a omissão em praticar o ato administrativo ser inconstitucional, para o Min. Relator, não haveria satisfação dos requisitos de admissibilidade desta modalidade de ação direta<sup>267</sup>.

Nesta ótica, na eventualidade de existir disposição normativa capaz de regular certa disciplina constitucionalmente disposta, inexistente, perante a hermenêutica do Supremo Tribunal Federal arquitetada a partir da decisão comentada, possibilidade de conhecimento de ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Não haverá conhecimento da ação mesmo havendo comprovação de que determinada norma não é efetiva, ou seja, de fato aplicada recorrentemente pelo órgão público na atribuição de administrador. Se existe a norma, entende-se não ser caso de proposição da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Por tais motivos, Gilmar Mendes aduz merecer ser revista a decisão supramencionada, negadora da tutela requerida por não admitir a plausibilidade de abranger a ação por conduta omissiva atos – emanados de quaisquer dos Poderes enquanto administradores públicos – capazes de obstaculizar a fruição de direitos constitucionalmente previstos pelo cidadão, destinatário último da normatividade da Constituição. Para o autor, este reduzido campo de incidência da ADI por omissão se deve ao temor de se abrir para este remédio “um campo indeterminável, desvirtuando-lhe o alcance e o sentido<sup>268</sup>”.

O relator do acórdão do ano de 1989, Min. Aldir Passarinho, ainda reiterou: “A medida

---

do Poder do Estado enquanto Poder – e não no uso das funções de administrador público – o que não caracteriza uma omissão do Poder enquanto administrador público – identificada pela não edição de atos ou medidas administrativas por órgão administrativo quando já existente legislação infraconstitucional regulando a matéria.

<sup>266</sup> MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Ibidem*, p. 456.

<sup>267</sup> STF, *DJU*, ADI 19/AL, rel. Min. Aldir Passarinho, j. em 22-2-1989. Tribunal Pleno.

<sup>268</sup> STF, *DJU*, ADI 19/AL, rel. Min. Aldir Passarinho, j. em 22-2-1989. Tribunal Pleno.

a que alude o § 2º do art. 103 da CF e cuja omissão deve ser suprida, há de compreender, como de caráter normativo, e não referente à prática de ato em caso concreto<sup>269</sup>”.

Transcreve-se o inteiro teor da ementa do *case* em discussão:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (ART. 103, PARÁGRAFO 2. DA C.F.). A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO, DE QUE TRATA O PARÁGRAFO 2. DO ART. 103 DA NOVA C.F., NÃO É DE SER PROPOSTA PARA QUE SEJA PRATICADO DETERMINADO ATO ADMINISTRATIVO EM CASO CONCRETO, MAS SIM VISA A QUE SEJA EXPEDIDO ATO NORMATIVO QUE SE TORNE NECESSARIO PARA O CUMPRIMENTO DE PRECEITO CONSTITUCIONAL QUE, SEM ELE, NÃO PODERIA SER APLICADO<sup>270</sup>.

Sob a ótica de Reinaldo Pereira e Silva, a omissão do administrador público tem natureza eminentemente não normativa, pelo motivo de não decorrer da ausência de medidas abstratas – e, portanto, normativas – mas da não realização das medidas de efeitos concretos necessárias para tornar efetiva a norma constitucional<sup>271</sup>.

Consoante afirma Pereira e Silva, o posicionamento da Corte demonstra não ser de plena importância o exame da eficácia daquela norma no ordenamento jurídico; basta, tão somente, ser ela válida. Tacitamente, ao assim dispor, ignora o STF a eventual ineficácia de específico dispositivo constitucional, mesmo quando exauridas as esferas normativas requeridas pela norma constitucional para a sua aplicabilidade. Destarte, a Suprema Corte vem identificando as omissões administrativas com o fenômeno da inexequibilidade<sup>272</sup> das normas constitucionais, quando em confronto com a realidade<sup>273</sup>.

Pereira e Silva afirma ser errônea esta interpretação da Suprema Corte, uma vez que a existência de lei não se traduz necessariamente em sua aplicação imediata ao caso concreto – por vezes, nem mediatamente, mesmo cumpridos todos os trâmites do processo legislativo.

Manifesta-se, nestes casos, o fenômeno da “não aplicação” da norma constitucional, em contraposição à “Teoria da inexequibilidade”, utilizada pelo STF: a omissão administrativa, de acordo com aquela teoria, não se configura em razão da falta de texto normativo necessário ao

---

<sup>269</sup> STF, *DJU*, idem.

<sup>270</sup> STF, *DJU*, idem.

<sup>271</sup> Idem, *Ibidem*, p. 96-106.

<sup>272</sup> Pereira e Silva, na pág. 96 do artigo citado, afirma entender-se por exequibilidade “a aptidão das normas constitucionais para gerar, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, na exata medida da necessidade, ou não, da intervenção normativa por parte das fontes infra-constitucionais”.

<sup>273</sup> SILVA, Reinaldo Pereira e. **O Controle de Constitucionalidade das Omissões Administrativas por Via de Ação Direta**. Revista dos Tribunais 885, julho de 2009, p. 100.

exercício do direito previsto na Constituição, “mas sim da ausência de medida concreta de alcance geral considerada necessária para tornar efetiva a norma constitucional”<sup>274</sup>.

Esta é a omissão proveniente do órgão administrativo previsto no § 2º do art. 103<sup>275</sup>, isto é, dos Poderes da nação enquanto administradores públicos. Quem possui competência para expedir normas ou atos normativos são os Poderes nas atribuições de poder e não os órgãos administrativos; a estes cabe, entre outras funções específicas de cada órgão, cumprir as imposições constitucionais (estabelecidas na própria Constituição ou posteriormente reguladas pela legislação infraconstitucional), valendo-se de medidas concretas de alcance geral. Por estas se entende as providências tipicamente administrativas, caracterizadas pela natureza não normativa. O fato de não possuírem caráter normativo, entretanto, não lhes retira a capacidade de obstaculizar o fiel cumprimento de uma imposição constitucional:

Ora, se a própria Constituição distingue medidas a cargo de Poder e medidas a cargo de órgão administrativo, obviamente que ela não está dispondo de medidas de igual natureza. Mesmo a expedição de atos normativos secundários de caráter geral, a exemplo dos decretos e regulamentos, caracteriza-se como atribuição de Poder – no caso, atribuição do Poder Executivo –, não de órgão administrativo. Medidas a cargo de órgão administrativo são medidas de natureza não normativa<sup>276</sup>.

Pereira e Silva é enfático sobre a restrição, pelo STF, do alcance da ação direta de inconstitucionalidade por omissão:

Cauteloso, o poder constituinte originário concebeu então uma ação direta com dois distintos efeitos, capaz de enfrentar tanto as omissões normativas e não normativas dos Poderes do Estado, quanto as omissões não normativas do administrador público. O STF, poder constituído que é, mal orientou-se ao diminuir o alcance da ação direta de inconstitucionalidade por omissão administrativa, temeroso, talvez, do poder que lhe fora chancelado. Demonstrado, com o passar dos anos, o desserviço prestado, espera-se que a natureza jurídica das omissões administrativas seja reavaliada pelo STF [...] e que a ação direta de inconstitucionalidade ganhe em cobertura e profundidade<sup>277</sup>.

Abraçando a vertente defensora do caráter não normativo das omissões administrativas como pressuposto de sua qualificação, conceituam-se estas “como expressão da falta de medidas de efeitos concretos de alcance geral consideradas necessárias pela Constituição para a efetividade de

---

<sup>274</sup> SILVA, Reinaldo Pereira e. *Ibidem*, p. 100.

<sup>275</sup> Art. 103, § 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

<sup>276</sup> *Idem*, *Ibidem*, p. 100.

<sup>277</sup> SILVA, Reinaldo Pereira e. **O Controle de Constitucionalidade das Omissões Administrativas por Via de Ação Direta**. Revista dos Tribunais 885, julho de 2009, p. 101.

suas normas<sup>278</sup>”. Para satisfazer esta noção, a modalidade de omissão de viés administrativo pressupõe “a existência de normas constitucionais de exequibilidade direta<sup>279</sup>, ou então de normas constitucionais de exequibilidade indireta já completadas pela intervenção normativa das fontes infraconstitucionais<sup>280</sup>”.

#### 4.2.2 Jurisprudência

Mais uma vez se invoca o precedente criado pela ADI 4.270/SC, de relatoria do Min. Joaquim Barbosa, cujo objeto foi a declaração de inconstitucionalidade do art. 104 da Constituição do Estado de Santa Catarina<sup>281</sup> e da Lei Complementar Estadual n. 155/1997<sup>282</sup>, que possibilitavam a regulamentação de um convênio com a seccional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para prestação do serviço de “defensoria pública dativa”.

A desconformidade com a Constituição de tais dispositivos foi arguida pela existência de violação frontal ao disposto no inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal – “*O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*” – e ao art. 134, *caput*, do mesmo diploma – “*A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV*”.

Importante ressaltar que as normas acoimadas da inconstitucionalidade podem ser visualizadas como motivo impeditivo do próprio cumprimento da imposição constitucional, pois, ao ser criado e mantido modelo não previsto, obstaculizou-se a criação da defensoria pública em Santa Catarina, como bem observou o relator da ação direta de inconstitucionalidade, Min. Joaquim Barbosa.

Indiretamente, portanto, ocorreu um descumprimento das imposições constitucionais endereçadas ao Poder Público para criar e manter serviço público de assistência jurídica por meio

---

<sup>278</sup> Idem, Ibidem, p. 102.

<sup>279</sup> Por normas de exequibilidade direta se entende aquelas cuja estrutura é suficientemente completa para poder gerar efeitos jurídicos, prescindindo da necessidade de intervenção normativa por parte das fontes infraconstitucionais.

<sup>280</sup> Idem, Ibidem, p. 102.

<sup>281</sup> Art. 104 — A Defensoria Pública será exercida pela Defensoria Dativa e Assistência Judiciária Gratuita, nos termos de lei complementar.

<sup>282</sup> Art. 1º Fica instituída, pela presente Lei Complementar, na forma do art.104 da Constituição do Estado de Santa Catarina, a Defensoria Pública, que será exercida pela Defensoria Dativa e Assistência Judiciária Gratuita, organizada pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina – OAB/SC.

de órgão de Estado, com fulcro no supramencionado inciso LXXIV do art. 5º e no art. 134, *caput* e parágrafos 1º e 2º da Constituição Federal.

Entretanto, o não cumprimento pelo Poder Público estadual na organização dos serviços de defensoria pública, previstos nas normas supramencionadas, não sugere imediatamente uma omissão estatal de índole administrativa.

Na seção 4.1.1 foi debatida a mora do Poder Executivo do Estado de Santa Catarina em se valer de sua iniciativa reservada para proposição de projeto de lei acerca da organização da Defensoria Pública estadual, com base no art. 50, § 2º, inciso V, da Constituição do Estado de Santa Catarina. Afirmou-se ter ocorrido nesta hipótese omissão inconstitucional de índole legislativa, cometida pelo Chefe do Poder Executivo.

A configuração das omissões inconstitucionais de índole administrativa pressupõe, reitera-se, normas constitucionais de exequibilidade direta, ou normas constitucionais de exequibilidade indireta completadas pela intervenção normativa.

No cenário da criação da Defensoria Pública em Santa Catarina, torna-se forçoso interpretar o *caput* do art. 134, seus parágrafos e o inciso LXXIV da Constituição Federal com normas de exequibilidade direta, ou de exequibilidade indireta, nos moldes sugeridos no parágrafo acima.

A intervenção normativa requerida, justamente, seria, primeiramente, o saneamento da omissão legislativa inconstitucional, o que, de fato, ocorreu. Trata-se da Lei Complementar n. 575/2012, que cria a Defensoria Pública Estadual em Santa Catarina, e cujo texto foi aprovado pela Assembleia Legislativa em 18-7-2012 e sancionado pelo Governador do Estado em 2-8-2012.

Enquanto não houvesse sido proposta pelo Chefe do Poder Executivo de Santa Catarina a suscitada legislação, inexistiria condição, portanto, para a configuração de omissão inconstitucional administrativa, uma vez que os dispositivos constitucionais (diz-se tanto da Constituição Federal quanto da Constituição Estadual) que previam a obrigatoriedade da Defensoria Pública possuem a natureza de normas de exequibilidade indireta carentes de intervenção normativa.

Uma vez existente a legislação, existe terreno para a configuração das omissões inconstitucionais administrativas. A partir daí, elas podem se configurar por atuar o ente estatal como administrador público – e não nas atribuições de Poder – consoante a imposição constitucional de promover a organização da Defensoria Pública.



Não é demais frisar, entretanto, estarmos tratando de reserva de lei ao chefe do Poder Executivo para a proposição do projeto de Lei acerca da Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina. Verifica-se, deste modo, a inexistência de mora do Poder Legislativo em si, mas sim do Governador do Estado – sumo administrador público do Estado de Santa Catarina – para propor a citada lei. Visualiza-se nesta situação, pois, não uma omissão inconstitucional legislativa do Poder Legislativo, mas sim uma omissão inconstitucional legislativa do Poder Executivo.

Lançando-se mão de uma interpretação não convencional, observa-se a possibilidade de o Governador do Estado agir enquanto administrador público, e não em suas funções anômalas de legislador, competência conferida pelo texto constitucional catarinense<sup>283</sup> em simetria com a Constituição Federal.

Nesta ótica, pode-se conceber uma decisão política do Chefe do Poder Executivo de Santa Catarina, justamente o que pode ter motivado o Relator da ADI 4.270/SC, Min. Joaquim Barbosa, asseverar a ausência de vontade política na criação da Defensoria do Estado, mesmo diante de uma clara imposição constitucional ao chefe do Poder Executivo.

Esta motivação pode justificar, com base na percepção de existência de outras normas capazes de obstaculizar a criação da Defensoria Pública (fala-se das normas instituidoras do modelo de Defensoria Dativa), a configuração no caso de uma omissão inconstitucional de natureza mista (administrativo-legislativa), por poder também se visualizar a atuação do Poder Público estadual enquanto administrador público, e não só enquanto legislador:

Ministra Rosa, Vossa Excelência deve ter percebido, pela sustentação do representante do Estado de Santa Catarina, que **não há, na verdade, nenhuma vontade política de criar essa Defensoria no Estado**. Na verdade, essas normas aqui até impediam - podemos dizer isso – qualquer movimento no sentido de criação dessas defensorias. Nós estamos removendo esse empecilho, mas é fácil fazer uma análise sobre uma possível falta de disposição no Estado de criar, tanto é que esse é o caso mais grave de todos os que nós já examinamos aqui. (sem grifo no original)

O Min. Joaquim Barbosa é textual ao afirmar o desrespeito às ordens do constituinte, à medida que declara – além de todas as razões as quais julga suficientes para determinar a superioridade da prestação à população do serviço de defensoria pública em relação ao modelo de defensoria dativa – a inconstitucionalidade material pelo não atendimento (leia-se: pela conduta

---

<sup>283</sup> Art. 50 — A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 2º — São de iniciativa privativa do Governador do Estado as leis que disponham sobre: (...)V - a organização da Procuradoria-Geral do Estado e da Defensoria Pública;

omissiva estatal) da ordem constitucional:

Em resumo, a situação em Santa Catarina, além de severo ataque à dignidade do ser humano, cuja proteção, sob o ângulo do direito de acesso à justiça, passa a variar de acordo com a sua localização geográfica no território nacional, representa, em minha opinião, grave desrespeito a uma ordem constituinte, que não se limitou à exortação genérica do dever de prestar assistência judiciária, mas descreveu, inclusive, a forma que deve ser adotada na execução desse serviço público, não dando margem a qualquer liberdade por parte do legislador estadual.

Interpretações à parte, vislumbra-se facilitada, ao menos, a qualificação da omissão legislativa do Poder Executivo de Santa Catarina, ao longo de mais de 20 anos, dada a não proposição de legislação organizatória da defensoria pública estadual, iniciativa de lei cuja competência é privativamente concedida a este Poder.

#### 4.2.3 Discricionariedade Administrativa e Omissão Administrativa

O poder discricionário elenca o rol dos poderes concedidos à Administração para que esta realize as tarefas administrativas. Como os outros poderes da Administração – cita-se o poder vinculado, hierárquico, disciplinar, regulamentar e de polícia – também é considerada um poder instrumental, “diversamente dos poderes políticos, que são estruturais e orgânicos, porque compõem a estrutura do Estado e integram a organização constitucional<sup>284</sup>”.

Para Meirelles, discricionariedade traduz-se na liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei, e se diferencia do poder arbitrário por ser o ato discricionário legal e válido, enquanto o arbitrário sempre ilegítimo e inválido<sup>285</sup>.

Celso Antonio Bandeira de Mello assevera que a relação entre o cidadão e a lei é mais permissiva em comparação com a relação entre a Administração e a lei: “a atividade administrativa é muito mais assujeitada a um quadro normativo constritor do que a atividade dos particulares<sup>286</sup>”, uma alusão a já exaustivamente debatida noção de que ao particular é possível fazer tudo aquilo que não lhe é proibido, enquanto à Administração somente o que a ela é permitido.

Estas considerações capacitam a seguinte afirmação: a Administração está estritamente vinculada à lei, em todos os seus poderes, inexistindo possibilidade de o poder discricionário

---

<sup>284</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 122.

<sup>285</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Ibidem*, p. 125.

<sup>286</sup> MELLO, **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 13.

“resultar da ausência de lei que dispusesse sobre dado assunto<sup>287</sup>”.

Repensada, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, deve ser a ideia corrente da discricionariedade, que enfatiza a noção de “poder”. Esta se subsume na concepção de que o agente público dispõe de um substancial poder de decisão quando a lei lhe outorgar a discricionariedade em relação às alternativas deixadas pela norma, como se aplicação de quaisquer delas fosse indiferente para o caso concreto<sup>288</sup>.

Para isso, considera Bandeira de Mello que a norma jurídica vinculante de determinado comportamento pelo administrador somente assim o é por já ter sido possível definir o comportamento ideal para determinada situação. A discricionariedade, consoante o autor, resulta, pelo contrário, da impossibilidade de o legislador estipular o comportamento mais acertado para todas as situações do mundo real. Imutável, tanto em caso de norma vinculante de conduta quanto nas ocasiões de previsão de “norma discricionária”, é o propósito da lei de que “seja adotado o comportamento plenamente adequado à satisfação de sua finalidade<sup>289</sup>”, pois a lei requer sempre o comportamento ótimo de quem a interpreta – e não poderia ser diferente. Por tais motivos que, nas hipóteses de impossibilidade de ela mesma o prescrever, concede ao administrador “discricionariedade” para identificá-lo:

É de presumir que, não sendo a lei um ato meramente aleatório, só pode pretender, tanto nos casos de vinculação, quanto nos casos de discricção, que a conduta do administrador atenda excelentemente, à perfeição, a finalidade que a animou. Em outras palavras, a lei só quer aquele específico ato que venha a calhar à fivela para o atendimento do interesse público<sup>290</sup>.

Esta ideia guerreada por Bandeira de Mello, de que a legislação “espera” tão somente o comportamento ótimo do administrador – e nada além disso –, ao ponto de se viabilizar a discricionariedade na identificação por este da conduta considerada mais adequada a determinado caso concreto, defende a criação de limites à ampla liberdade do administrador na tomada de suas decisões.

Consoante a vertente defendida, ao se visualizar a inexistência de discricionariedade do administrador da norma no cotejo desta com o caso concreto – uma vez que apenas existiria discricionariedade na norma – torna-se mais palpável a caracterização de uma omissão administrativa inconstitucional. Isto porque a partir deste ponto é concebível se exigir do

---

<sup>287</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Ibidem, p. 13.

<sup>288</sup> Idem, Ibidem, p. 16.

<sup>289</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Ibidem, p. 32.

<sup>290</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Ibidem, p. 32.

administrador ato comissivo, ressalvados os casos onde não houver razoabilidade para assim agir, seara de aplicação da teoria da reserva do possível, ou quando justificadamente inexisterem recursos para tal<sup>291</sup>.

Cita-se, *ad exemplum*, no âmbito da responsabilidade civil, a teoria da *faute de service* ou da culpa administrativa, para qual há responsabilidade do Estado pela omissão de seus atos, necessitando-se, entretanto, comprovar a culpa especial da Administração pelo não agir<sup>292</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça, a esse respeito, já decidiu:

A responsabilidade civil por omissão, quando a causa de pedir da ação de reparação de danos assenta-se no *faute du service publique*, é subjetiva, uma vez que a ilicitude no comportamento omissivo é aferido sob a hipótese de o Estado deixar de agir na forma da lei e como ela determina. [...] A responsabilidade civil do Estado, em se tratando de implementação de programas de prevenção e combate à dengue, é verificada nas seguintes situações distintas: a) quando não são implementados tais programas; b) quando, apesar de existirem programas de eficácia comprovada, mesmo que levados a efeito em países estrangeiros, o Estado, em momento de alastramento de focos epidêmicos, decida pela implementação experimental de outros; c) quando verificada a negligência ou imperícia na condução de aludidos programas<sup>293</sup>.

Caso se perpetue na doutrina e na jurisprudência a ampliação da vinculação do administrador público à Constituição Federal, pode haver redução no seu âmbito de legitimidade para “agir livremente”. Desta forma, identificar-se-á com mais facilidade se um ato da Administração Pública em suas funções administrativas é ou não afrontoso a uma imposição concreta para agir, havendo maior probabilidade de enquadrar este comportamento faltante do administrador como objeto de controle abstrato de constitucionalidade, no caso, por omissão de índole administrativa, não normativa.

#### 4.3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O tema a ser debatido rende longas digressões, a ponto de ser possível escrever outro

---

<sup>291</sup> Em apertada síntese, o princípio da reserva do possível deve ser enxergado como mais uma importante ferramenta na ponderação tanto pelo Legislador quanto pelos outros Poderes quando da efetivação das imposições constitucionais – vide item 2.5.2 deste trabalho.

<sup>292</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pág. 615

<sup>293</sup> STJ, DJ, REsp 703.471/RN, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 24-10-2005. Segunda Turma.

trabalho equivalente sobre o assunto – como outros já o fizeram. No entanto, serão feitos pequenos comentários a respeito do controle jurisdicional de políticas públicas, mas em alguns interseccionados com as omissões inconstitucionais de cunho administrativo.

A noção de vinculação pelos Poderes Públicos – nas atribuições de Poder e também nas de administração – às normas constitucionais, somada à ideia acima debatida de diminuição (senão inexistência) de discricionariedade da norma no caso concreto – pela necessidade de atuação ótima do aplicador da lei quando feita sua análise “discricionária” – fortalece a concepção de “ampliação do juízo de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público para alcançar as políticas públicas”<sup>294</sup>.

Primeiramente, faz-se mister compreender a Constituição Federal como orientadora precípua das políticas públicas, pois estas encontram legitimidade na própria Lei Maior. A tomada de medida concreta de alcance geral pelo administrador público ou mesmo a execução de políticas com contornos gerais – por exemplo, voltadas para a melhoria das condições educacionais ou de saneamento básico – norteiam-se pela Constituição, por intermédio de imposições concretas ou abstratas disposta no seu texto<sup>295</sup>.

Em hipótese alguma, neste norte, poderia uma política pública contrariar frontal ou substancialmente a Lei Maior, ou mesmo se amparar por legislação infraconstitucional quando esta contrariar, de algum modo, disposição constitucional. Por mais que seja difícil imaginar programa de ação social (como, por exemplo, em cumprimento aos artigos 196 e 197 da Constituição Federal<sup>296</sup>) capaz de contrariar o texto constitucional, José Sérgio da Silva Cristóvam traz à baila a possibilidade de se alegar, pela Administração Pública, o orçamento reduzido para a prática de determinada política pública, o que considera inaceitável:

Não se pode aceitar, portanto, que o cumprimento da Constituição seja preterido pela observância de uma norma infraconstitucional, ou por um quadro de conjuntura político-econômica desfavorável. A Constituição ostenta força normativa, ativa e vinculante, exigindo a máxima atuação dos poderes constituídos para o seu fiel implemento. São inaceitáveis certas práticas governamentais que esquecem de cumprir a Constituição sob o argumento da falência orçamentária do Estado ou para garantir o cumprimento da Lei de

---

<sup>294</sup> CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Breves considerações sobre o conceito de políticas públicas e seu controle jurisdicional**. Revista Zênite de Direito Administrativo. Ano X, n. 119 – Junho de 2011, p. 1059.

<sup>295</sup> Vide item 2.3 deste trabalho.

<sup>296</sup> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. *in* BRASIL. Constituição Federal [1988].

No que tange ao controle jurisdicional de políticas públicas, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a sua aplicação – porém também a sua excepcionalidade – sempre no afã primordial de concretização constitucional. A conduta omissiva do Estado na implementação de políticas públicas quando houver afronta à Constituição pode, desta forma, dar azo a implementação por via judicial, sem que ocorra uma violação do princípio da separação dos poderes, tampouco caso oponibilidade da teoria da reserva do possível, por se tratar de prestação do mínimo necessário à população.

Este fenômeno de controle judicial das políticas públicas apenas vem ocorrendo porque há imposição constitucional fornecedora de imperatividade para sua implementação. Segundo Venice Lírío do Valle, este controle “é um instrumento necessário de preservação do caráter cogente da determinação constitucional de que seja através delas que se programe e traduza a ação da administração<sup>298</sup>”.

Afirma a autora, ainda, ter a ampla constitucionalização do direito administrativo, ocorrida com o advento da Constituição de 1988, tem posicionado o Supremo Tribunal Federal para “o centro dos conflitos em torno da vida administrativa nacional”, uma vez ser a Administração Pública o principal tema das ações diretas de inconstitucionalidade propostas<sup>299</sup>.

A Suprema Corte disserta sobre a possibilidade de controle jurisdicional de políticas públicas nas hipóteses de omissões administrativas do Poder Público:

A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). **A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública**, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. (...) - **Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a**

<sup>297</sup> CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Breves considerações sobre o conceito de políticas públicas e seu controle jurisdicional**. Revista Zênite de Direito Administrativo. Ano X, n. 119 – Junho de 2011, p. 1061.

<sup>298</sup> VALLE, Venice Lírío do. **Dever Constitucional de enunciação de políticas públicas e autovinculação**: caminhos possíveis de controle jurisdicional. In **Fórum Administrativo**. Direito Público. N. 82, 12/2007. p. 14.

<sup>299</sup> VALLE, Venice Lírío do. *Ibidem*, p. 15

**integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional**<sup>300</sup>.  
(sem grifo no original)

Vê-se estar a Suprema Corte se aproximando de uma postura perseguidora da máxima efetividade constitucional, buscando alcançar meios de concretização da carta maior, coadunando com a tese defendida por José Afonso da Silva, para quem inexiste norma constitucional de “valor meramente moral ou de conselho, avisos ou lições”<sup>301</sup>, uma vez que “todo princípio inserto numa Constituição rígida adquire dimensão jurídica, mesmo aqueles de caráter mais acentuadamente ideológico-programáticos”<sup>302</sup>.

Finalmente, esta busca ascendente de concretização da Carta de Outubro decorre, consoante Juarez Freitas, do direito fundamental a uma Administração Pública eficiente e eficaz, capaz de cumprir seus deveres, com base nos princípios previstos no artigo 37 da Constituição Federal e, de forma mais ampla, respeitosa a toda e qualquer imposição constitucional. A efetivação deste direito de boa administração parte, estruturalmente, da necessidade de responsabilizar o Poder Público não somente por suas condutas (quando inconstitucionais) comissivas, mas também, e em grau de equivalência, pelas suas omissões aviltantes à Constituição Federal<sup>303</sup>.

---

<sup>300</sup> STF, *DJU*, Ag. Reg. em RE n. 410715/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. em 22-11-2005. Segunda Turma do STF. O Supremo Tribunal Federal tem decidido nos mesmos termos em casos equivalentes, como se vê no Ag. Reg. em RE n. 595595/SC, de relatoria do Min. Eros Grau, julgado em 28-4-2009, também da Segunda Turma.

<sup>301</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, 7ª ed., 2ª tir., São Paulo, Malheiros Editores, 2008, p. 80.

<sup>302</sup> SILVA, José Afonso da. *Ibidem*, p. 80.

<sup>303</sup> FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2009.

## 5 CONCLUSÃO

Este trabalho se iniciou na recusa à ideia de que a Constituição dirigente teria morrido, conforme se poderia depreender do pessimismo de José Joaquim Gomes Canotilho acerca do constitucionalismo moderno. Distintamente, compreendeu-se a morte do dirigismo constitucional nos moldes propostos por Canotilho, diante da mudança de panorama de Portugal ao adentrar na União Europeia de Nações, a partir de 1º de Janeiro de 1986.

Diante disto, o estudo das teorias da Constituição buscou conceituar a Constituição Federal da República Federativa do Brasil no modelo de Constituição Dirigente, uma vez que possibilita a utilização de instrumentos para a garantia e fruição dos direitos sociais básicos – entre estes o Mandado de Segurança, o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, tema maior do trabalho. Ademais, demonstrou-se a previsão pelo texto constitucional de direitos fundamentais e normas programáticas, diretrizes a serem perseguidas pelo Estado. Em síntese, demonstrou-se a Constituição Federal sob uma feição de social-democracia, rompendo com um Estado de Direito mantenedor do *status quo* para adentrar em um Estado Democrático-social de Direito.

Uma vez dirigente, convencionou-se chamar de imposições constitucionais as normas constitucionais ordenadoras, instrutivas, que traçam diretrizes das tarefas e fins a serem perseguidos e realizados pelo Estado. Diferenciou-se, também, a necessária correspondência das imposições constitucionais às obrigações legiferantes, uma vez que também integram o “momento imperativo” das normas hierarquicamente superiores da Constituição a atuação do Estado na qualidade de Administrador Público, bem como do Poder Judiciário e da Jurisdição Constitucional como guardião da Constituição. Sedimentou-se, ademais, possuírem as imposições força normativa capaz de influenciar o legislador e o Poder Público na qualidade de administrador ao respeito das diretrizes constitucionais.

Após, objetivou-se expor a cláusula da reserva do possível nos moldes aplicados pelo Tribunal Constitucional alemão, para tornar evidente a distinção entre a forma de aplicar a cláusula pelos alemães – com base na razoabilidade – e a primeira e errônea filiação adotada no Brasil, que a interpretou como teoria da “reserva do financeiramente possível”.

Já a vinculação constitucional foi entendida, no trabalho, como sinônimo de sujeição



jurídica dos poderes e funções do Estado às normas hierarquicamente superiores da Constituição, responsável por implicar a determinação positiva dos atos legislativos pelas normas constitucionais. A partir da imperatividade das normas e preceitos constitucionais (provocada pelo instituto da vinculação à Constituição), concluiu-se possuir a Lei Maior brasileira um âmbito mais restrito de liberdade de conformação política – leia-se: do Poder Público como um todo – em comparação a uma Constituição não programática, a exemplo da Constituição estadunidense.

Em sede de concretização constitucional, afirmou-se não ser esta apenas tarefa do Poder Legislativo, mas também do administrador público, considerando-se que a prestação estatal das condições necessárias ao gozo dos direitos previstos na Constituição é mais ampla do que a esfera de atuação do Poder Legislativo em determinada legislação. Essencial é, portanto, a vontade política do Poder Público para a concretização da Constituição.

Para finalizar o primeiro capítulo, verificou-se a parca aplicabilidade da teoria da maleabilidade constitucional, de Gustavo Zagrebelsky, no cenário brasileiro, diante do subdesenvolvimento social-econômico-constitucional do nosso País.

No segundo capítulo, introduziu-se a teoria da inconstitucionalidade, entendida como um fenômeno relacionado ao princípio da supremacia da Constituição e da hierarquia do meio jurídico, consubstanciando-se na possibilidade de o texto constitucional prescrever o que a ele guarda relação de inadequação, inidoneidade e impertinência. Ao se diferenciar inconstitucionalidade por ação de inconstitucionalidade por omissão, deduziu-se que a omissão afronta o princípio da supremacia da Constituição, motivo justificador de sua inserção no campo das inconstitucionalidades, passível a sua fiscalização pelos sistemas de controle de constitucionalidade.

Em seguida, tratou-se da exposição dos sistemas de fiscalização de constitucionalidade das leis – sistemas político, jurisdicional e misto – para, após, adentrar no estudo do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. A observação dos instrumentos adotados, pelas Constituições brasileiras até 1988, no que tange ao controle de constitucionalidade, possibilitou conceituar o sistema brasileiro como misto, caracterizado pela junção do controle por via incidental e difusa – adotado desde a primeira constituição da República – com o controle por via principal e concentrada, implementada a partir da Emenda Constitucional n. 16/65. Somaram-se a isto as inovações trazidas pela Constituição atual, previstas no art. 103, art. 125, § 2º e art. 102, §2º – em suma: aumento dos legitimados à proposição da ADI e ADC, instituição da ADPF e possibilidade de

ADI em âmbito estadual.

Asseverou-se, na seção seguinte, a plausibilidade em afirmar a possibilidade de comprometimento à eficácia e integridade da Constituição por razão de violação negativa do estatuto constitucional, motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público. Conceituou-se, nesta ótica, omissão inconstitucional quando da verificação de inércia injustificável do órgão ou da autoridade competente para agir, diante de uma imposição constitucional de conduta comissiva, positiva.

As omissões inconstitucionais legislativas (espécie do gênero omissões normativas) seriam aquelas caracterizadas pela não concretização das disposições constitucionais por ausência de legislação; em contraposição, aquela proveniente da inércia relevante do Estado no uso da função de administrador público seria sinônimo de omissão não normativa. As omissões administrativas, nas palavras de Reinaldo Pereira e Silva, seriam “um novo expediente de esvaziamento do significado das imposições constitucionais<sup>304</sup>”.

No tocante ao objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, coadunou-se ao pensamento de Reinaldo Pereira e Silva e Gilmar Ferreira Mendes, que afirmam compor o objeto tanto as omissões inconstitucionais normativas (entre elas as omissões legislativas) quanto as omissões inconstitucionais de natureza não normativa.

Ao adentrar no tema do terceiro capítulo, verificou-se ser mais clara, no sistema normativo com aspiração de conceder à produção legislativa possibilidades exaustivas de regular todas as matérias às quais a sociedade necessite – *civil law* – a identificação da omissão legislativa inconstitucional à prestação do direito constitucionalmente plasmado. Frise-se que a nova e correta interpretação da Suprema Corte a respeito do Mandado de Injunção permite que este remédio protagonize este papel de criar, mesmo que para o caso concreto, as normas necessárias à fruição de um direito pelo cidadão, podendo minimizar os danos causados por uma omissão legislativa inconstitucional.

É sinônimo de não fazer capaz de acarretar uma omissão inconstitucional legislativa todo ato componente do processo legislativo. Este cabe principalmente ao Poder Legislativo, mas nada impede a existência de omissão legislativa aos entes englobados pelo sistema de iniciativa reservada. Na esteira das decisões do STF, também é possível identificar uma omissão de feição

---

<sup>304</sup> SILVA, Reinaldo Pereira e. **O Controle de Constitucionalidade das Omissões Administrativas por Via de Ação Direta**. Revista dos Tribunais 885, julho de 2009, p. 95.

legislativa diante do alongamento injustificado e desproporcional na discussão e votação no âmbito das Casas Legislativas, fenômeno mais conhecido como *inertia deliberandi*. Em suma, o argumento principal para legitimar a inconstitucionalidade do comportamento inconstitucional do legislador quando não age – em contraposição à tese de que aí se identificaria uma ofensa ao princípio da separação dos poderes – é a superioridade hierárquica formal e material das normas constitucionais e a clara distinção entre poder constituinte e poder constituído. Vislumbra-se também ocorrer afronta à Constituição por uma atividade insatisfatória do legislador, aquém da exigência constitucional esperada para aquela imposição, as chamadas omissões inconstitucionais legislativas parciais: o débito do legislador com a sociedade pode existir quando houver o atendimento insatisfatório ou incompleto de exigência constitucional de legislar. Isto provoca uma fungibilidade entre a ADI convencional e a ADI por omissão, pois os dois processos – o do controle de normas e o de controle da omissão – acabam por ter – formal e substancialmente – o mesmo objeto.

As omissões administrativas configuram-se na hipótese de a norma constitucional já ser exequível, ou seja, quando houver exequibilidade direta desta norma constitucional ou quando a legislação infraconstitucional requerida para a sua aplicabilidade já houver sido criada. Sob a ótica de Reinaldo Pereira e Silva, a omissão do administrador público tem natureza eminentemente não normativa, pois decorre da não realização das medidas de efeitos concretos necessárias para tornar efetiva a norma constitucional, já que a existência de lei não se traduz necessariamente em sua aplicação imediata ao caso concreto.

A omissão inconstitucional de índole administrativa se configura em razão da ausência de medida concreta de alcance geral considerada necessária para tornar efetiva a norma constitucional, e provém da atuação dos órgãos públicos nas atuações de administrador. O fato de esta espécie de omissão inconstitucional não possuir caráter normativo não é suficiente para lhes retirar a capacidade de obstaculizar o fiel cumprimento de uma imposição constitucional.

Analisou-se de forma mais minuciosa a ADI n. 4.270/SC, cujo objeto foi o de declarar a inconstitucionalidade do art. 104 da Constituição do Estado de Santa Catarina e da Lei Complementar Estadual n. 155/1997, que possibilitavam a regulamentação de um convênio com a seccional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para prestação do serviço de “defensoria pública dativa”. Conclui-se, *in casu*, ter-se identificado uma “omissão legislativa reflexa” do Poder Executivo local, ao qual cabe a iniciativa reservada na proposição da lei que dispusesse sobre a organização da Defensoria Pública, pois, mesmo que o objeto da demanda fosse o de declarar a

inconstitucionalidade dos dispositivos instituidores da Defensoria Dativa no Estado, a declaração de inconstitucionalidade destes tornou cristalino o reconhecimento da inércia do Poder Executivo em relação a dispositivos da Constituição Federal e da Estadual, que determinam a sua responsabilidade de criação de órgão de assistência jurídica aos cidadãos. Portanto, com a declaração de inconstitucionalidade do modelo existente – inconstitucionalidade por ação –, pode ser evidenciado, consequentemente, o estado de inconstitucionalidade pela omissão em adotar o sistema que a Constituição prescrevia – inconstitucionalidade por omissão pela não adoção da defensoria pública estadual.

A decisão em sede de ADI, ao declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados com efeito *pro futuro*, representou uma ordenação tácita ao Poder Executivo de Santa Catarina para que legislasse a respeito da Defensoria Pública, a fim de sanear a sua inércia legislativa inconstitucional, reiterada por mais de 23 anos. Diz-se tácita por se considerar a impossibilidade de se prescrever, pelo menos de forma aberta, prazo para que o legislador legisle – no caso o Poder Executivo nas atribuições reservadas de legislador. O próprio dispositivo constitucional – art. 103, §2º – e a Lei 9.868/99 não preveem a estipulação de prazo em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (tanto por ação quanto por omissão). Assim, entretanto, o STF agiu, pois, uma vez expurgadas do ordenamento jurídico as normas que regulamentavam a defensoria dativa, a única alternativa sobressalente subsistiria na obediência, pelo Poder Público catarinense, à imposição constitucional. Agir de forma diferente apenas intensificaria o estado de inconstitucionalidade, e daria azo à proposição de ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção. A estipulação de prazo, entretanto, não é algo essencialmente novo na nossa Corte Constitucional: no mandado de injunção n. 232-1, do Rio de Janeiro, de relatoria do Ministro Morieria Alves, também houve a fixação de um prazo.

Portanto, mesmo que o §2º do art. 103 da Carta Constitucional não preveja prazo para que o Poder Legislativo legislar – mas que simplesmente dê ciência de sua mora em produzir determinada legislação – observou-se tanto no controle abstrato quanto no controle concreto de constitucionalidade uma inclinação cada vez maior em direção à concretização real da Constituição.

Voltando ao caso da ADI 4.270/SC, inferiu-se a possibilidade de identificação de uma omissão inconstitucional mista (administrativo-legislativa) ou, ao menos, um pouco distante da omissão inconstitucional legislativa convencional. Assim se afirma por ter ocorrido, *in casu*, uma omissão inconstitucional normativa do Poder Executivo, e não de uma omissão inconstitucional

legislativa do Poder Legislativo – uma vez que cabia ao Poder Executivo de Santa Catarina a reserva na proposição de projeto de lei a respeito da organização e estrutura da Defensoria Pública estadual.

Nesta ótica, pode-se conceber uma decisão política do Chefe do Poder Executivo de Santa Catarina, justamente o que pode ter motivado o Relator da ADI 4.270/SC, Min. Joaquim Barbosa, asseverar a ausência de vontade política na criação da Defensoria do Estado, mesmo diante de uma clara imposição constitucional ao chefe do Poder Executivo.

Finalizada a discussão acerca das omissões administrativas, tomou-se partido da noção de discricionariedade administrativa propugnada por Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem a discricionariedade resulta tão somente da impossibilidade de o legislador estipular o comportamento mais acertado para todas as situações do mundo real. Defendeu-se a imutabilidade do propósito da lei de que seja adotado pelo seu intérprete e/ou aplicador sempre o comportamento ótimo à satisfação da finalidade prevista no texto, inexistindo espaço para discricionariedade do aplicador da norma no cotejo desta com o caso concreto – uma vez que apenas existiria discricionariedade na norma, e não fora dela.

Por fim, visualizou-se que a busca ascendente de concretização da Constituição decorre do direito fundamental a uma Administração Pública eficiente e eficaz, capaz de cumprir seus deveres, com base nos princípios previstos no artigo 37 da Constituição Federal e, de forma mais ampla, respeitosa a toda e qualquer imposição constitucional.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERCOVICI, Gilberto . **Constituição e Política: Uma Relação Difícil**. Lua Nova. Revista de Cultura e Política, São Paulo - SP, v. 61, p. 5-24, 2004.

BERNARDES, Juliano Taveira. **Novas perspectivas do Controle da Omissão Inconstitucional no Direito Brasileiro**. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 23 de agosto de 2012

BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**, II. São Paulo, 1933.

BARBOSA, Rui. **Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo**, in *Trabalhos jurídicos*, Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional** in A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas.

BARROSO, Luís Roberto. **Mandado de injunção**: o que foi sem nunca ter sido. Uma proposta de reformulação, in Carlos Alberto Menezes Direito (org.), *Estudos em homenagem ao Prof. Caio Tácito*, 1997

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 7ª Ed., Saraiva.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4ª Ed., Saraiva.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] Republica Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Constituição (1834). **Constituição [da] Republica dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição [da] República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1937.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1891.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Imperio do Brazil**. Rio de Janeiro.

BRASIL. **Lei 9.868**, de 10 de novembro de 1999. “Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo

Tribunal Federal.” **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, 11-11-1999.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**, Editora UnB: 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição **Dirigente e Vinculação do Legislador** – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Ed. Coimbra, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **El Derecho Constitucional como um compromisso permanentemente renovado** (entrevista a Eloy Garcia) *in* Anuário de Derecho Constitucional y Parlamentario, (1998), p. 33 *apud* COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Canotilho e a Constituição dirigente. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Rever ou Romper com a Constituição Dirigente?** Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, *Revista dos Tribunais*, a 4, n. 15, abril-junho de 1996, p. 14.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito Constitucional**, 6ª ed, Coimbra, Livraria Almedina, 1993.

CARPENA, Mario Louzada. **Hierarquia das Fontes do Direito**. Disponível em [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/M%C3%A1rcio%20L%20Carpena%20\(3\)%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/M%C3%A1rcio%20L%20Carpena%20(3)%20formatado.pdf).

CAVANNA, Adriano. **Storia Del diritto moderno in Europa**. Vol I. Le Fonti e Il pensiero giuridico. Milado: Dott. A. Giuffrè Editore, 1982.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Breves considerações sobre o conceito de políticas públicas e seu controle jurisdicional**. Revista Zênite de Direito Administrativo. Ano X, n. 119 – Junho de 2011.

DANTAS, Ivo. **Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos em serio**. Tradução por Marta Guastavino. Barcelona: Editorial Ariel, 1997.

Estado Novo no Brasil. In Infopédia [Em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2012. [Consult. 2012-09-10].

Disponível na www: <URL: [http://www.infopedia.pt/\\$estado-novo-no-brasil](http://www.infopedia.pt/$estado-novo-no-brasil)>.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de Mudança na Constituição**, São

Paulo, ed. Max Limonad, 1986.

FORSTHOFF, Ernst, **Problemas Constitucionales del Estado Social** in ABENDROTH, Wolfgang, FORSTHOFF, Ernst & DOEHRING, Karl, *El Estado Social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2009.

HÄBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes constitucionais**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad, **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Tradução de Carlos dos Santos Almeida ET al. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**, Editora Martins Fontes.

MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da Reserva do Possível**: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 32. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELLO, **Discrecionalidade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, Tomo II, Constituição e Constitucionalidade**. 3ª Edição.

NETO, João Pedro Gibran. **Direito a prestações materiais e a efetividade da tutela jurisdicional**. 2004. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

OLIVEIRA, Fábio de. **A Constituição dirigente: morte e vida no pensamento do doutor Gomes Canotilho**. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n.28, p.195-228, 2005.

OLIVEIRA, Fábio de. **Por uma Teoria dos Princípios**; O Princípio Constitucional da Razoabilidade. Lumen Iuris, Rio de Janeiro.



PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**; Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995.

RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das Leis**: Vício e Sanção. São Paulo: Saraiva, 1994.

STF, ADPF n. 45, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 29.04.04, g. n.

SILVA, João Fernando Vieira da. **O resgate da ideia de constituição dirigente no constitucionalismo pátrio**. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 21 de Agosto de 2012.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6a ed., São Paulo, Malheiros, 2003, p. 81 e ss.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 32ª ed, Ed. Malheiros.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **O Controle de Constitucionalidade das Omissões Administrativas por Via de Ação Direta**. Revista dos Tribunais 885, julho de 2009.

STRECK, Lênio Luiz. Entrevista concedida ao sítio eletrônico Consultor Jurídico. Consulta em: <http://www.conjur.com.br/2012-jul-05/senso-incomum-quando-direito-serve-dizer-feio>.

STRECK, L. L. **A baixa constitucionalidade e a inefetividade dos direitos fundamentais-sociais em terrae brasilis**. Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo/SP, v. 4, p. 272-308, 2004.

VALLE, Venice Lório do. **Dever Constitucional de enunciação de políticas públicas e autovinculação**: caminhos possíveis de controle jurisdicional. In **Fórum Administrativo**. Direito Público. N. 82, 12/2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. Ley, derechos, justicia. Trad. de Marina Gascón. 3a. edição. Edt. Trotta S.A., Madrid, 1999